

DER WARENVERGLEICH
DURCH VERBRAUCHERVERBÄNDE

Günter Graßmann

1964

DE WERKEN VAN

DE WETENSCHAAPEN

DE WETENSCHAAPEN
DE WETENSCHAAPEN
DE WETENSCHAAPEN
DE WETENSCHAAPEN
DE WETENSCHAAPEN

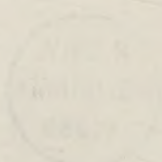
DE WETENSCHAAPEN

DE WETENSCHAAPEN





Digitized by the Internet Archive
in 2026



https://archive.org/details/IA41548301_0013

DER WARENVERGLEICH
DURCH VERBRAUCHERVERBÄNDE

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Günter Graßmann

München 1964

Referent: Professor Dr. H. KRAUSE
Correferent: Professor Dr. R. DIETZ

Tag der mündlichen Prüfung: 27.2.1964
(Schlußberatung)

Die vorliegende Übersetzung des Buches von demselben Verfasser, dem ich es zu danken habe, ist eine sehr sorgfältige und vollständige. Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen. Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen. Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen.

MEINEN ELTERN UND MEINER FRAU GEWIDMET

Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen. Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen. Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen.

Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen. Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen. Der Verfasser hat die deutsche Sprache in jeder Hinsicht beachtet, und die Übersetzung ist in jeder Hinsicht gelungen.

Die vorliegende Untersuchung behandelt einen im deutschen Wirtschaftsleben ziemlich neuen Sachverhalt. Die tatsächliche Ausgestaltung ist daher noch in Bewegung. Bisher ist noch nicht klar zu erkennen, welche Gestalt die Einmischung des Staates auf diesem Gebiet annehmen wird. Einer Umfrage der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände in der Verbraucher Rundschau vom Februar 1963 unter dem Titel "Wie sollen wir testen?" zufolge ist jedenfalls nicht mit einem Ende der Aktivität der Verbraucherverbände bei der Durchführung von Warenvergleichen zu rechnen.

Die Spezialisierung der Untersuchung auf die Arbeit der Verbraucherverbände hat ihren Grund nicht nur in den Schrittmacherdiensten, die die Verbraucherverbände hier leisteten, sondern auch darin, daß die Verbraucherverbände als die berufensten Vertreter des Interesses der Verbraucher an gesteigerter Marktübersicht erscheinen. Gleichwohl gelten die Ergebnisse der Untersuchung im wesentlichen auch für andere Veranstalter von Warenvergleichen.

Tatsächliche Verhältnisse sowie die Literatur wurden grundsätzlich nur bis einschließlich Januar 1963 berücksichtigt.

Herrn Professor Dr. Hermann Krause möchte ich aufrichtig für die sehr freundliche Betreuung der Arbeit danken.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Allgemeines
 1. Abschnitt: Der Warenvergleich
 - I. Begriff und Zweck
 - II. Die Übung im Ausland
 - III. Der Tatbestand des Warenvergleichs
 - IV. Das Zustandekommen des Warenvergleichs
 - V. Die Bedeutung des Warenvergleichs
 - VI. Die Veranstalter von Warenvergleichen
 - VII. Die bisherigen juristischen Äußerungen dazu.
 2. Abschnitt: Das Verhältnis der Verbraucherverbände bei der Warenvergleichsveröffentlichung zum Staat
 - I. Grundrechtsschutz
 - II. Verhältnis der Zielsetzung und Wirkung der Warenvergleiche zur staatlichen Wirtschaftskonzeption
 3. Abschnitt: Das Verhältnis der Verbraucherverbände zu den betroffenen Unternehmern.
 - I. Grundsätzliches Vergleichsrecht
 - II. Möglichkeit der Beschränkung
2. Teil: Die Ansprüche der zum Vergleich hinzugezogenen Unternehmer
 1. Abschnitt: Allgemeines
 - I. Begriff der hinzugezogenen Unternehmer
 - II. Möglichkeit der Schädigung
 - III. Die Rechte dieser Unternehmer, die verletzt werden können
 - IV. Problemstellung
 2. Abschnitt: Die im Wettbewerbsrecht möglichen Anspruchsgrundlagen
 - I. § 14 UWG
 - II. § 3 UWG
 - III. § 1 UWG
 3. Abschnitt: Die Anspruchsgrundlagen im allgemeinen bürgerlichen Recht
 - I. § 824 BGB
 1. Der objektive Tatbestand
 2. Die Rechtswidrigkeit
 3. Das Verschulden
 4. Die Beweislast
 5. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei der Unterlassungsklage
 - II. § 823 II BGB
 1. Schutzgesetze
 2. Das Schutzobjekt der §§ 185 ff StGB

VIII

3. Die Beleidigungsfähigkeit von Kollektivpersönlichkeiten
4. Der Tatbestand der §§ 185 ff StGB
5. Die Kreditgefährdung nach § 187 StGB
6. Ergebnis

III. § 823 I BGB

1. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb
2. Verhältnis zu § 824 BGB
3. Eingriff in den Gewerbebetrieb
4. Rechtswidrigkeit
5. Verschulden
6. Beweislast

IV. § 826 BGB

1. Sittenverstoß
2. Vorsatz

4. Abschnitt: Die den hinzugezogenen Unternehmern erwachsenden Ansprüche

- I. Allgemeines
- II. Schadensersatzanspruch
- III. Beseitigungsanspruch
- IV. Unterlassungsanspruch

5. Abschnitt: Der Anspruch auf Wiederprüfung

- I. Das Interesse der Unternehmer an der Wiederprüfung
- II. Gegengründe
- III. Rechtliche Beurteilung

6. Abschnitt: Die hieraus folgenden Grundsätze für den zulässigen Warenvergleich

3. Teil: Die Ansprüche der nicht zum Vergleich hinzugezogenen Unternehmer

1. Abschnitt: Allgemeines

- I. Das Problem
 1. Begriff der nicht hinzugezogenen Unternehmer
 2. Die Möglichkeit der Schädigung
 3. Die Bedeutung des Fragenkreises
- II. Die Schädigungshandlung

2. Abschnitt: Anspruchsgrundlagen für das Begehren der nicht hinzugezogenen Unternehmer

- I. Im UWG
 1. §§ 14 und 1 UWG
 2. § 3 UWG
- II. § 824 BGB
- III. § 823 II BGB
- IV. § 823 I BGB

V. Analogie zu §§ 26 II, 27 GWB

1. Beschränkung des Umfangs
2. Die Beachtung des Gerechtigkeitsgedankens im Privatrecht
3. Wesen der §§ 26 II, 27 GWB
4. Stellung der §§ 26 II, 27 GWB im Recht
5. Vergleichbarkeit der Situation bei der Nichthinzuziehung
6. Inhalt der Gleichbehandlungspflicht
7. Der unvollständige Warenvergleich
8. Die Grundlage für die Schadensersatzpflicht

VI. § 826 BGB

1. Allgemeines
2. Schadenszufügung
3. Sittenverstoß
4. Verschulden
5. Unterlassungsklage
6. Beseitigungsklage

3. Abschnitt: Die hieraus folgenden Ansprüche der nicht hinzugezogenen Unternehmer

- I. Schadensersatzanspruch
- II. Beseitigungsanspruch
- III. Unterlassungsanspruch

4. Abschnitt: Die hieraus folgenden Grundsätze für den zulässigen Warenvergleich

4. Teil: Das Recht der Unternehmer, mit den Vergleichsergebnissen zu werben

1. Abschnitt: Allgemeines

- I. Das Interesse der Verbraucherverbände am Verbot dieser Werbung
- II. Das Interesse der Konkurrenten des Werbenden
- III. Die möglichen Handlungen der Werbung mit dem Warenvergleich

2. Abschnitt: Bezugnahme auf den Warenvergleich als vergleichende Werbung

- I. Die Beziehung zur vergleichenden Werbung
- II. Der Meinungsstand zur vergleichenden Werbung
 1. Die herrschende Meinung
 2. Die von der herrschenden Meinung zugelassenen Ausnahmen
 3. Die Gegenmeinungen
 4. Stellungnahme

III. Beurteilung der einzelnen Werbehandlungen

IV. Die Anspruchsberechtigten

V. Andere Anspruchsgrundlagen

1. §§ 3 und 14 UWG

2. § 823 II BGB

3. § 823 I BGB

4. § 826 BGB

VI. Die Änderung wesentlicher Umstände

VII. Ergebnis

LITERATURVERZEICHNIS

- Anschütz Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, 14. Aufl., unveränderter fotomechanischer Nachdruck, Bad Homburg vor der Höhe 1960.
- Antoni Manfred, Die vergleichende Werbung, BB 62, 1171 ff.
- Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1960.
- Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 27. Aufl., München und Berlin 1963.
- Becher, Das Recht am Good will, NJW 51, 540 ff.
- Bock-Specht, Handbuch für Verbraucherpolitik, Opladen 1958.
- Bohrer, Freiheit für vergleichende Werbung? MA 56, 345 f.
- Borck Hans-Günther, Bestehen rechtliche Bedenken gegen die Veröffentlichung sog. Querschnitt-Tests durch Verbraucherorganisationen, WRP 59, 344 ff.
- Derselbe, Über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit sog. Querschnitt-Tests, Gutachten, Heft 6 der Schriften der Verbraucherverbände, Bonn 1960.
- Derselbe, Bezugnehmende Werbung, WRP 61, 1 ff und 70 ff.
- Derselbe, Vergleichende Werbung und kein Ende, WRP 62, 249 ff.
- Derselbe, Vom Querschnitt-Test zum Vergleichenden Warentest, WRP 62, 359 f.
- Bussmann-Pietzcker-Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962.
- Coing Helmut, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", NJW 47/48, 213 ff.
- Derselbe, Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeits-schutzes, JZ 58, 558 ff.
- Dreher-Maassen, Stragesetzbuch mit Erläuterungen, 3. Aufl., Berlin 1959.
- Droste Helmut, Das Verbot der bezugnehmenden Werbung und die Ausnahmefälle, GRUR 51, 140 ff.

- Droste Helmut, Wann sind Alleinstellungen unzulässig?, GRUR 53, 16 ff.
- Dürig Günter, "Freizügigkeit", in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 507 ff.
- Derselbe, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in "Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung", Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff.
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen, 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960.
- Erman Walter, Handkommentar zum BGB, 3. Aufl., Münster 1962.
- Esser Josef, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.
- Fikentscher Wolfgang, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958.
- Derselbe, Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 58, 257 ff.
- Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1962.
- Geipel Sigfrid, Die vorbeugende Unterlassungsklage, 2. Aufl., Berlin 1938.
- Giese-Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, Kommentar, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1962.
- Gleiss A., Anschlußzwang für Kartelle und Monopolunternehmen, MDR 52, 398 ff.
- von Godin-Hoth, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und zum Zugabe- und Rabattrecht, 1957.
- Greifelt, Wirtschaftliche Gesichtspunkte zur vergleichenden Werbung, WRP 62, 143 ff.
- Hefermehl Wolfgang, Der Warentest in rechtlicher Sicht, GRUR, 62, 611 ff.
- Helle Ernst, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, Tübingen 1957.
- Derselbe, Über öffentliche vergleichende Warentests und die Grenzen ihrer Zulässigkeit, NJW 62, 1177 ff.

- Hubmann Heinrich, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117. Bd. 41 ff.
- Hueck Alfred, "Die Grundlagen des rechtmäßigen Streiks" in Festschrift für Wilhelm Herschel, Stuttgart 1955, S. 27 ff.
- Hueck Götz, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958.
- Joetze Günter, Die sog. "Superlativreklame" in der Dogmatik des Werberechts, Berlin 1962.
- Kluy Hans, Die verbraucherorientierte Warenprüfung, in Heft 4 der Schriften der Verbraucherverbände, Bonn 1958, S. 37 ff.
- Kohler Josef, Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie, MuW XVI, 127 ff.
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961.
- Krieger Albrecht, Ist vergleichende Werbung zulässig? BB 62, 240 f.
- Langen Eugen, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied a. Rh. 1958.
- Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München und Berlin 1962.
- Derselbe, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd., Besonderer Teil, 5. Aufl., München und Berlin 1962.
- Leipziger Kommentar zum StGB, II. Bd., 8. Aufl., Berlin 1958.
- Leitherer Eugen, Kritische Gedanken zum Warentest, MA 62, 571 f.
- Leo Hans-Christoph, Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP 60, 293 ff.
- von Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927.
- Lobe Adolf, Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW XVI, 129 ff.
- Löffler Martin, Presserecht, München und Berlin 1955.
- Derselbe, Das Recht der öffentlichen Entgegnung, BB 56, 356 ff.
- Derselbe, Markenschutz durch presserechtliche Gegendarstellung, BB 62, 82 ff.
- von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1957.

- Maunz Theodor, Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl., München und Berlin 1962.
- Maunz-Dürig, Grundgesetz, Stand 1.11.1962, München und Berlin.
- Maurach Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1959.
- Mezger Edmund, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1960.
- Möhring Philipp, Ist das Recht der Werbung reformbedürftig? MA 62, 967 ff.
- Müller-Gries, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1958.
- Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gemeinschaftskommentar, Köln und Berlin 1958.
- Nerretter Paul, Vergleichende Reklame, GRUR 1933, 8 ff.
- Derselbe, Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, Berlin 1936.
- Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II: Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954.
- Niese Werner, Streik und Strafrecht, Tübingen 1954.
- Nipperdey Hans Carl, Rechtsgutachten zum Zeitungstreik, Köln 1953.
- Derselbe, Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II.
- Derselbe, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 57, 1777 ff.
- Derselbe, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 58, 445 ff.
- Olshausen Justus, Kommentar zum StGB, 11. Aufl., Berlin 1927.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl., München und Berlin 1962.
- Raiser Ludwig, Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 ff.
- Rasch Harold, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 2. Aufl., Herne und Berlin 1958.

- Reimer Dietrich, Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung, München-Köln-Berlin 1955.
- Reimer Eduard, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., 1954.
- Ridder Helmut K.J., Meinungsfreiheit, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II S. 243 ff.
- Rinck Gerd, Warenvergleich durch Verbraucherverbände, BB 60, 949 ff.
- Derselbe, Kritik und Boykott durch Verbraucherverbände, BB 61, 613.
- Derselbe, Die Markttransparenz, BB 62, 105 ff.
- Rittner Fritz, Die Ausschließlichkeitsbindung nach dem GWB, DB 57, 1091 ff.
- Röpke Wilhelm, Maß und Mitte, Zürich 1950.
- Schippel Helmut, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München, Köln und Berlin 1956
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., München und Berlin 1961.
- Schwamberger Wolfgang, Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 61, 1185 ff.
- Derselbe, Vergleichende Werbung in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, BB 61, 1222 f.
- Schwarz-Dreher, Kommentar zum StGB, 24. Aufl., München und Berlin 1962.
- Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, Bd. II, 9. Aufl., Stuttgart 1962.
- Spengler Albrecht, Die vergleichende Werbung als Problem des Wettbewerbsrechts, DW 60, 75 ff.
- Derselbe, Die wettbewerbsrechtliche Problematik des Warenvergleichs, MA 62, 283 ff.
- Tetzner Heinrich, Kommentar zum UWG, 2. Aufl., Köln 1957.
- Derselbe, Superlativwerbung als vergleichende Werbung, NJW 56, 1900 ff.

- Tetzner Heinrich, Die Problematik der Generalklausel des § 1 UWG, NJW 60, 1087 ff.
- Derselbe, Vergleichende Werbung, JZ 62, 275 ff.
- Traeger Ludwig, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.
- Ulmer Eugen, Die Widerrufsklage im Wettbewerbsrecht, ZAkDR 36, 535 ff.
- Derselbe, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 37, 769 ff.
- Völp Fromut, Ist das Verbot der vergleichenden Werbung rechtswidrig? WRP 60, 197 ff.
- Derselbe, Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP 61, 135 ff.
- Derselbe, Vergleichende Werbung - erlaubt oder verboten? GRUR 62, 178 ff.
- Derselbe, OLG Bremen erlaubt vergleichende Werbung, WRP 62, 25 ff.
- Weitnauer H., Rechtsgrundlagen und Schranken der Zulässigkeit öffentlicher vergleichender Warentests, DB 63, 55 ff.
- Welzel Hans, Deutsches Strafrecht, 7. Aufl., Berlin 1960.
- Wenzel Karl Egbert, Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, NJW 62, 81 ff.
- Westermann Harry, Der Anspruch auf Rücknahme ehrenkränkender, in Wahrnehmung berechtigter Interessen aufgestellter Behauptungen, JZ 60, 692 ff.
- Würdinger Hans, Schenkung als Werbemaßnahme, WuW 55, 69 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	= anderer Ansicht.
aaO.	= am angegebenen Ort.
AGV	= Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e. V., Bonn.
allg. M.	= allgemeine Meinung.
Anm.	= Anmerkung.
BArbG (BAG)	= Bundesarbeitsgericht.
BArbGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts.
BB	= Der Betriebsberater.
Bd.	= Band.
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. Aug. 1896.
BGH	= Bundesgerichtshof.
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen.
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
BLGA	= Bayerische Landesgewerbeanstalt, Nürnberg.
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht.
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
DB	= Der Betrieb.
DM	= Die Deutsche Mark.
DR	= Deutsches Recht.
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift.
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt.
DW	= Der Wettbewerb, Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Beilage des WRP.
DZ	= Deutsche Zeitung.
Einkaufswegweiser	= Einkaufswegweiser für hauswirtschaftliche Güter, herausgegeben von der AGV.
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland.
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949.
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957.
HRR	= Höchstgerichtliche Rechtsprechung.
JW	= Juristische Wochenschrift.
KG	= Kammergericht.
LG	= Landgericht.
MA	= Der Markenartikel.

MuW	= Markenschutz und Wettbewerb.
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift.
OLG	= Oberlandesgericht.
Rdnr.	= Randnummer.
RG	= Reichsgericht.
RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Berlin 1959.
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
S.	= Seite.
Seuff. Arch.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
StGB	= Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871.
st. Rspr.	= ständige Rechtsprechung.
SZ	= Süddeutsche Zeitung.
Tz.	= Textziffer.
unstr.	= unstreitig.
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.
Vers. R	= Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung.
vgl.	= vergleiche.
VPK	= Verbraucher-politische Korrespondenz.
VR	= Verbraucher Rundschau.
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis.
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb.
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (seit 1962: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht).

1. TEIL: ALLGEMEINES

1. ABSCHNITT: DER WARENVERGLEICH

Der Warenvergleich ist populär geworden. Konnte man vor gut einem Jahr noch zweifeln, ob er sich in Deutschland durchsetzen ließe, so ist man heute dieser Ungewißheit enthoben. Er hat festen Fuß gefaßt. Das Für und Wider wird noch öffentlich diskutiert, aber man zweifelt nicht mehr an der Zulässigkeit. Der Warenvergleich ist neben hauswirtschaftlicher Beratung und volkswirtschaftlicher Unterrichtung ein "gängiges Instrument der Verbraucheraufklärung" (1) geworden. In der Regierungserklärung vom 9. 10. 1962 sagte Bundeskanzler Adenauer: "Die Bundesregierung hält es für erforderlich, das Preisbewußtsein der Verbraucher zu stärken. Sie wird deshalb die Einflußmöglichkeiten der Verbraucher auf die Preise und Marktentwicklung durch Erweiterung ihrer Kenntnisse über das Marktgeschehen verbessern. Der Bundesminister für Wirtschaft wurde beauftragt, möglichst bald die Errichtung einer Körperschaft für neutrale Warentests zu veranlassen. Er wurde ferner beauftragt, zweckmäßige Maßnahmen der Verbraucherorganisationen und Verbrauchereinrichtungen zu fördern" (2).

I. Begriff und Zweck

Der Warenvergleich (3) ist eine vergleichende Gegenüberstellung der aus der Blickrichtung des Verbrauchers wichtigen und durch einen Querschnittstest ermittelten Daten verschiedener gleichartiger oder doch zumindest dem gleichen Gebrauchszweck dienender Waren oder Dienstleistungen. Dabei werden bei einem Querschnittstest die konkurrierenden Angebote gleichzeitig untersucht.

Teilweise wird der Ausdruck "Warentest" gebraucht (4). Warentest ist aber auch die Einzelprüfung. Da das wesentliche Kriterium des hier zu prüfenden Instituts die vergleichende Gegenüberstellung ist, empfiehlt sich doch die Benennung als Warenvergleich. Zudem liegt das eigentliche Testen zumeist nicht in den Händen der Verbraucherverbände.

Der Warenvergleich richtet sich an den Verbraucher und nur in zweiter Linie auch

1) Ernst D. Herzog in Bock-Specht, Verbraucherpolitik, S. 219

2) aus dem wörtlichen Abdruck der Regierungserklärung in der SZ vom 10. 10. 1962

3) Dieser Begriff hat sich inzwischen wohl als Bezeichnung für eine vergleichende Prüfung durchgesetzt, während er früher für vergleichende Werbung verwendet wurde, vgl. BGH GRUR 52, 416, 417

4) Helle NJW 62, 1177; Hefermehl GRUR 62, 611. Auch die DM spricht von Warentests.

an die Hersteller, die etwa aufgefordert werden, aufgedeckte Mängel zu beseitigen. Dem Verbraucher wird sachliche Aufklärung gegeben, eine Marktübersicht; er soll der Übervorteilung widerstehen. Zweierlei ist in dieser Richtung bezweckt: eine spezielle Einkaufshilfe für den Käufer (5) und eine Anregung - es können ja nicht alle wichtigen Produkte geprüft werden - auch sonst vernünftig zu vergleichen. Dem Verbraucher soll die Scheu vor dem Angebot genommen werden.

II. Die Übung im Ausland

Zur Einführung in das Problem soll ein kurzer Überblick über die einschlägige Übung im Ausland gegeben werden. Für Warenvergleiche kommen natürlich nur marktwirtschaftliche und keine planwirtschaftlichen Systeme infrage.

1. Der vergleichende Warentest kommt aus den USA. Er wurde dort in den zwanziger Jahren entwickelt, um Aussagen der Werbung auf ihre Wahrheit hin zu prüfen, wurde aber bald auf allgemeine Qualitäts- und Gebrauchstauglichkeitsprüfungen ausgedehnt (6). In den Vereinigten Staaten von Amerika wurde 1936 die Consumers Union gegründet. Neben ihr ist die Consumers Research Inc. heute von besonderer Bedeutung (7). Die Consumers Union beispielsweise gibt monatlich zum Preis von 50 Cents (8) eine umfangreiche Zeitschrift heraus, den Consumers Report, der von 900 000 Mitgliedern, Abonnenten und Zeitungsstandkäufern finanziert wird. Er wird von den meisten Bibliotheken geführt und nach Schätzungen von annähernd 4 000 000 Menschen gelesen (9). Bei beiden Verbraucherorganisationen werden die Produkte kurz vor dem Test in verschiedenen Läden gekauft und dann gleichen, vorher entwickelten Testmethoden unterworfen. Nach dem Testergebnis werden die Produkte dann in die Qualitätsgruppen A = empfehlenswert, B = durchschnittlich und C = schlecht eingestuft (10). Die Hersteller haben auf die Tests, die ihnen allerdings vor Veröffentlichung zum Zwecke der Stellungnahme zu Einzelheiten zugeschickt werden, wenig Einfluß (11). Die Consumers Union nimmt keine Inserate auf und gestattet keine Benutzung ihrer Tests oder Empfehlungen in der Werbung (12).

5) VR 6/62 S. 2

6) Herzog aaO. S. 232

7) Herzog aaO. S. 233

8) Rinck BB 60, 949

9) aus dem von Florence Mason in Zusammenarbeit mit dem amerikanischen Außenministerium erstellten Bericht, auszugsweise wiedergegeben in VR 6/62

10) Herzog aaO. S. 233

11) Herzog aaO. S. 233

12) Rinck BB 60, 949

2. Ähnlich ist es in Großbritannien. Es gibt die Consumers Association LTD., die seit 1957 die monatlich erscheinende Zeitschrift "Which" herausgibt, welche Warenvergleiche enthält. Daneben gibt es den Consumer Advisory Council, der alle zwei Monate einen "Shoppers Guide" mit Berichten über Warenuntersuchungen veröffentlicht (13).

3. In Frankreich gibt es neben einer Reihe von verbraucherorientierten Normenausschüssen und Beratungsverbänden, die im wesentlichen Einzelprüfungen vornehmen, in der hier interessierenden Blickrichtung die "Union Fédérale de la Consommation" (14).

4. In Belgien treten die "Association des Consommateurs" und die "Union Féminine pour l'Information et la Défense des Consommateurs" auf. Die Association veröffentlicht die sogenannten "Test Achats", deren Information sich auf den Vergleichswert der auf dem Markt erhältlichen Waren beziehen (15). Wie auch in Frankreich ist an der Erstellung der Teste die Industrie beteiligt (16).

5. In den Niederlanden gibt es vor allem den "Nederlandse Consumentenbond", der "Consumenten gids" an seine Mitglieder verschickt und das 1957 gegründete "Stichting Consumenten Contact Orgaan", das über Vergleichsuntersuchungen Regierungszuschüsse erhält (17).

6. In Italien gibt es bislang keine Warenvergleiche. Die "Unione Nazionale Consumatori" geben zwar eine Zeitschrift, "comprare", heraus, stellen aber keine Vergleiche an, nennen keine Markennamen und veröffentlichen auch keine Untersuchungsergebnisse. Das "Istituto Qualita Italia" führt nur Einzelprüfungen durch und verleiht ein Qualitätssiegel (18).

7. Besonderen Wert legt man dagegen in Skandinavien auf die Warenvergleiche, wo ein sogenanntes Nordisches Komitee, dem Finnland, Norwegen, Schweden und Dänemark angehören, die Aktivität der Verbraucher koordiniert. In allen Mitgliedsstaaten gibt es Organisationen, die Warenvergleiche durchführen: in Finnland: Kotitalouskeskus, Työtehoseura; in Norwegen, dem einzigen Land,

13) Mason aaO.

14) Mason aaO.

15) Mason aaO.

16) Rinck BB 60, 949

17) Mason aaO.

18) Mason aaO.

welches ein Verbraucherministerium hat: Forbrukerradet (1953 durch königliche Resolution gegründet; der Vorstand wird von der Krone auf Vorschlag von Verbraucher-, Hausfrauen-, Genossenschafts- und Bauernverbänden ernannt; 95 % der Einnahmen sind Regierungszuwendungen; vierteljährlich erscheint der von etwa 250 000 Abonnenten bezogene "Forbruker Rapporten"); in Schweden: der Statens Konsumentenrad (unter Beteiligung des Handels) mit Unterorganisationen, vor allem dem "Kooperativa Förbundet" und dem "Statens Institut for Konsumentfragen"; in Dänemark: Hauswirtschaftsrat der dänischen Regierung und Verbraucherrat Dänischer Hausfrauen (19).

III. Der Tatbestand des Warenvergleichs

1. Der Warenvergleich beginnt in der Regel mit allgemeinen, lehrhaften Erläuterungen über den betreffenden Wirtschaftszweig, die Marktsituation, die Warenart und das Zustandekommen des Vergleichs.

So geht der Diktiergerätetest (20) von der Rationalisierung der Büros aus, weist auf erhebliche Preis- und Qualitätsunterschiede hin, begründet das Zustandekommen der aus dem Gesamtangebot getroffenen Auswahl und deutet die Verschiedenartigkeit des Angebots an. Der Waschmitteltest (21) stellt eine zusammenfassende Wertung der Prüfung voran, erläutert die Wichtigkeit der genauen Befolgung der Gebrauchsanweisung, erklärt die besondere Wirkung der Feinwaschmittel und gibt schließlich an, welche Gesichtspunkte für die Prüfung leitend waren. Innerhalb des Tests wird auch erwähnt, welches Institut im Auftrag der Verbraucherverbände den Test durchführte, wie die benötigten Waschmittel ausgewählt wurden und welche überhaupt in den Test einbezogen wurden. Der Kühlschrankschranktest (22) legt zunächst die Gründe für die wachsende Verbreitung der Kühlschränke sowie den Trend zum größeren Gerät dar, schildert dann die Unterschiede zwischen Kompressor- und Absorberkühlschränken und begrenzt die in den Warenvergleich einbezogene Gerätegruppe in sachlicher Hinsicht. Dann zählt er die verschiedenen Kühlschrankschrankarten auf, die am Markt sind. Der Fernsehgerätevergleich (23) gibt eingangs an, warum nur Tischgeräte mit 59 cm Bildröhre ohne Motorkanalwahl und mit UHF-Teil verglichen werden, stellt das am Markt vorhandene Angebot in dieser Gruppe vor und erläutert dann die gebräuchliche Typeneinteilung.

19) Mason aaO.

20) VR 5/61

21) VR 6/61

22) VR 7/61

23) VR 10/61

Ähnlich beginnen alle Warenvergleiche. Der Test über Reisetransistoren mit UKW-Teil erläutert die Vorteile und Beliebtheit des Batteriegerätes und erklärt ziemlich ausführlich die technischen Grundzüge dieser Geräte (24). Neuerdings ist eine gewisse Modernisierung der Warenvergleiche eingetreten, was sich insbesondere in der fotografischen Abbildung der Testmodelle zeigt, zum Beispiel der automatischen Brotröster (25). In VR 9/62 finden sich auch bereits Bilder über den Testvorgang und zur Veranschaulichung des im Test Gesagten. Die Prüfmethoden werden jetzt auch in einem eigenen Kapitel am Ende des Vergleichs abgehandelt, wo man vor allem findet, welche Gesichtspunkte in die Prüfung einbezogen wurden (26).

2. Neben diesen Erläuterungen, die den Warenvergleich abrunden sollen und mehr journalistischer Art sind (27), stehen - bereits in der eigentlichen Stoßrichtung des Testens - die Erklärungen, die dem Käufer sagen, worauf er beim Kauf der bestimmten Warenart achten muß. Das beruht darauf, daß die Warenvergleiche der Verbraucherverbände die schließliche Güteklassifizierung dem Verbraucher überlassen (28). Will der Leser aber die Güte vergleichen, so ist entscheidend, daß er weiß, auf welche Gesichtspunkte es besonders ankommt. Die in Rede stehenden Hinweise haben die Form einer kurzgefaßten Warenkunde. Sie machen einen wesentlichen Teil jedes Warenvergleichs aus. Teilweise erscheinen sie einfach als Erläuterungen der Tabelle.

Ein typisches Beispiel dafür ist der Kühlschranktest (29). Er empfiehlt zunächst durch seine Beschränkung und durch den Hinweis auf die geringeren Betriebskosten wenigstens konkludent, das Kompressorgerät dem Absorbergerät vorzuziehen. Dann gibt er Ratschläge, nach welchen Grundsätzen die Größe des Schrankes zu wählen ist, befaßt sich mit den Betriebskosten, weist auf die Bedeutung des Kundendienstes und der Reparaturkosten hin. Weiter werden Sinn und Grundsätze für die Größe eines Tiefkühlfaches erklärt. Hinweise erfolgen noch bezüglich Isolierung und Verschluß; die Bedeutung, die die Werbung der Abtau-Automatik beimißt, wird bezweifelt; es wird darauf eingegangen, was man bei der Innenausstattung beachten sollte und es wird schließlich empfohlen, ein Gerät zu kaufen, welches das Gütezeichen des Verbandes deutscher Elektrotechniker (VDE) trägt. Auf die Preisunterschiede, die der Käufer ohnehin beachtet, wird nur kurz eingegangen.

24) VR 4/62

25) VR 8/62

26) VR 8/62 S. 8, VR 9/62 S. 11

27) deshalb werden sie in der DM auch bedeutend breiter abgehandelt.

28) VR 6/62 S. 4

29) VR 7/61

Freilich auf die zu prüfende Warengattung zugeschnitten, aber im Prinzip gleich sind sämtliche Warenvergleiche der Verbraucherverbände aufgebaut. Die Hinweise machen die Daten verständlich und grenzen sie in ihrer Bedeutung ab.

3. Kernstück des Warenvergleichs ist die Tabelle. Als Beispiel soll wieder der Kühlschranktest (30) dienen. Er enthält eine Tabelle, die in folgende Spalten aufgegliedert ist: Hersteller, Inhalt, Name des Gerätes, Tisch- oder Schrankmodell, Außenabmessungen, Innenabmessungen, Brutto- und Nettoliterinhalt nach DIN 8950, Anschlußwert, Maschinenleistung, Stromverbrauch, Inhalt des Tiefkühlfaches, Material für Kälteisolierung, Abstellfläche, Grundpreis, Zubehörpreise.

Diese Tabelle enthält, was für die Warenvergleiche der Verbraucherverbände anfänglich typisch war, an sich nur die technischen Daten. Es fehlt ihr die Prüfung des Gerätes bezüglich der Gebrauchstauglichkeit. Der ebenfalls Kühlschränke vergleichende Test der DM (31) war in dieser Beziehung vollständiger und deshalb wohl auch ergiebiger. Er stellte nämlich eine Prüfung in den Mittelpunkt, die vorzunehmen dem Käufer schlechtweg unmöglich ist: die Prüfung der Kühlleistung und der Kälteverteilung. Diese Eigenschaften haben andererseits aber entscheidende Bedeutung, denn was nützt der größte, sparsamste und auch noch billigste Kühlschrank, wenn er keine ausreichende Kälte erreicht. Der beispielsweise herangezogene Test der Verbraucherverbände ist deshalb nicht vollständig. Er gibt zwar Anhaltspunkte, läßt aber letztlich keine Schlüsse zu.

Nicht alle früheren Tests der Verbraucherverbände waren allerdings derart auf das Äußere beschränkt. Die Tabelle des Waschmitteltests (32) enthielt unter anderen die Spalten: Gesamtwaschwirkung, Nachwäsche, Weißgrad, Waschreserve, Naßfestigkeitsverlust, Schädigungsfaktor, Saugvermögen, Griff und Geruch der gewaschenen Wäsche, also Daten einer umfangreichen funktionellen Prüfung. Das ist vollständig, denn mehr interessiert den Käufer in dieser Beziehung nicht.

Seit Mitte 1962 sind die Tests der Verbraucherverbände in dieser Beziehung allgemein verbessert. Die Tabelle enthält nun (33) die Hauptspalten Fabrikat, Technische Daten, Testdaten, Gebrauchseigenschaften, Preise, also eine Zusammenstellung aller den durchschnittlichen Käufer interessierender Daten einschließlich von Urteilen über einzelne Gebrauchseigenschaften sämtlicher getesteter Waren. Es handelt sich dabei um eine Marktübersicht, die den ganzen Warenvergleich enthält, wenn auch die Erläuterungen besonders für den Fachkundigen

30) VR 7/61

31) DM 11/62 S. 36 ff

32) VR 6/61

33) vgl. VR 7, 8, 9, 10, 12/62

wichtig sind, um die Tabelle richtig auszuwerten und insbesondere nicht Nebensachen eine zu große Bedeutung beizumessen.

Dem besseren Verständnis dient jetzt vor allem die Spalte "Gebrauchseigenschaften", wo Beurteilungen abgegeben werden, freilich stets nur über einzelne Eigenschaften. So wird zum Beispiel beim Tauchsiedertest (34) die Aufheizzeit, die auch in Minuten angegeben ist, mit "kurz", "lang" oder "zu lang" bewertet. Das ist eine wesentliche Hilfe, da der Unkundige sich nur schwer eine Vorstellung davon machen kann, wo die Grenze zwischen ausreichender und nicht mehr ausreichender Tauglichkeit zu ziehen ist. Der Tester kann das aus seiner Fachkenntnis heraus viel leichter beurteilen.

4. Daneben enthalten die Warenvergleiche - wohl unter dem Einfluß der Konkurrenz der DM, die diese Methode schon seit dem Weinbrandtest (35) praktizierte - nunmehr (36) eine Einzelbesprechung für jede geprüfte Ware, die noch mit einem Foto vorgestellt wird. Die Besprechung enthält die wichtigsten Merkmale, wie sie auch aus der Tabelle in Zusammenhang mit den Erläuterungen entnommen werden könnten.

Sie lautet zum Beispiel (37):

"Eltrolüd Minor (Hersteller: Eltrolüd, Lüdenscheid). Die Aufheizzeit ist lang. Die Widerstandsfähigkeit gegen Trockenbeheizungsschäden ist gut. Nicht ausreichend ist die elektrische Sicherheit. Einziges Gerät, an dem eine Markierung für die zulässigen Eintauchtiefen vorhanden ist. Es ist ferner mit einem recht praktischen Aufstellbügel versehen. Unverbindlicher Richtpreis: DM 7, 80."

Diese Einzelaussage hilft vor allem dem Leser, dem die Auswertung der Tabelle schwerfällt, weil hier bereits Urteile über die einzelnen Eigenschaften geboten werden, während er sie dort in der Regel selbst gewinnen muß. Sie bewahrt auch davor, die Akzente falsch zu setzen und Unwichtiges überzubewerten. Die einzelnen Qualitätsmerkmale sind ja von unterschiedlichem Gewicht.

5. Die konsequente Weiterführung des Warenvergleichs müßte nun zu einer Beurteilung der einzelnen Waren durch die Verbraucherverbände führen. So erteilt die DM Prädikate, die von "sehr empfehlenswert" über "empfehlenswert" bis zu

34) VR 9/62

35) DM 8/61

36) ab Heizlüftertest in VR 7/62

37) aus dem Tauchsiedertest in VR 9/62

"weniger empfehlenswert" und "nicht empfehlenswert" reichen. Zum Beispiel erhielten im Tonbandgerätetest (38) die Geräte Quelle Studio MK 3332 und Philips RK 14 das Prädikat "sehr empfehlenswert", die Typen Neckermann (Körting), Telefunken Magnetophon 75 und Grundig TK 23 wurden mit "empfehlenswert" eingestuft und als "weniger empfehlenswert" wurden Uher 54, Saba TK 125-4 und Nordmende exklusiv bezeichnet. Das Prädikat "nicht empfehlenswert" erhielten zum Beispiel beim Büchsenöffnertest (39) alle Steckdosenöffner mit starrem Messer.

Die Verbraucherverbände lehnen entgegen der Praxis der DM eine Güteklassifizierung ab, da sie nicht frei von subjektiven Wertungen ist und deshalb strittig bleiben muß. Sie sagen dazu: "Es geht nicht an, allein der Publikumswirkung wegen Bewertungen auszusprechen, die subjektiven Eindrücken entspringen und zudem naturgemäß niemals auf die Bedürfnisse eines jeden einzelnen Konsumenten zugeschnitten sein können. Eine Notenverteilung bei der die Skala von empfehlenswert bis nicht empfehlenswert reicht, läßt sich nach wissenschaftlichen Grundsätzen wohl kaum vertreten. Derartige Aussagen über geprüfte Gegenstände sind mehr dazu geeignet, den Testgedanken zu diskreditieren, als ihm zu nützen (40).

Einmal haben die Verbraucherverbände jedoch, wenn auch ohne besondere Hervorhebung, sondern mitten in den Erläuterungen unter der Überschrift "Ein herausragendes Gerät" die Wertung dem Verbraucher vorweggenommen. Sie schrieben im Brotröstertest (41): "Während alle übrigen Geräte mehr oder weniger große Mängel aufweisen, schnitt das Maybaum-Modell, das ohne Beanstandungen blieb, im Rahmen des AGV-Tests am besten ab; am schlechtesten dagegen das japanische Gerät National"; und etwas später: "Die große Preisspanne ... ist in den Qualitätsunterschieden nicht ausreichend begründet. Zumindest das Siemens-Gerät erscheint in diesem Zusammenhang besonders teuer".

IV. Das Zustandekommen des Warenvergleichs

Wichtig ist für die Beurteilung der Warenvergleiche nicht nur das Ergebnis, sondern auch der Weg, auf dem es gewonnen wird.

1. Hier steht zuerst die Auswahl der zu prüfenden und zu vergleichenden Warenart. Die Möglichkeiten sind hier naturgemäß sehr vielzählig. Es kommen sowohl Waren wie auch Dienstleistungen infrage. Am meisten bieten sich natürlich solche Waren

38) DM Nr. 19/62 S. 43

39) DM Nr. 19/62 S. 57

40) VR 6/62 S. 4

41) VR 8/62

an, die keinen Modeschwankungen unterliegen (42). Aus ihnen haben die Verbraucherverbände bisher wohl mehr oder minder willkürlich einige herausgegriffen. Es finden sich in der bisherigen Praxis Vergleiche von Waren, die einen besonders hohen Wert haben, wie Waschmaschinen (43), Kühlschränke (44), Öfen (45), Fernsehgeräte (46), PKW (47), automatische Nähmaschinen (48), oder von Waren des täglichen Bedarfs, so zum Beispiel Waschmitteln (49), Kohlen (50). Der Schwerpunkt liegt zwar auf Gütern des breiten hauswirtschaftlichen Verbrauchs. So wurden neben einschlägigen Waren der erstgenannten Gruppe Bügel-eisen (51) sowie Heizlüfter (52), Brottröster (53) und Tauchsieder (54) getestet. Es gibt aber auch Warenvergleiche, die einen spezielleren und damit begrenzteren Kreis ansprechen, so der bezüglich der Diktiergeräte (55) oder der Transistor-Radios (56).

2. Der zweite Schritt ist die Auswahl der Waren, die in den Querschnitttest einbezogen werden sollen. Von welchen Gesichtspunkten die Verbraucherverbände sich hierbei leiten lassen, haben sie selbst gesagt (57): "Zunächst einmal muß das in-frage kommende Warenangebot gründlich untersucht werden. Der vergleichende Warentest muß einen Querschnitt ziehen und einen möglichst repräsentativen An-

42) Die Ungeeignetheit der anderen zeigt sich besonders deutlich an einigen Tests der DM, so dem über Anzüge (DM 2/62 S. 38 ff) oder dem über Damenschuhe (DM 3/61 S. 43 ff). Hieran knüpfen sich offensichtlich auch die Bedenken Leitherers (MA 62, 571), wozu aber zu sagen ist, daß von praktischen Schwierigkeiten nicht einfach auf eine rechtliche Unzulässigkeit zu schließen ist.

43) VR 1/61

44) VR 7/61

45) VR 8/61

46) VR 10/61

47) VR 1 und 2/62

48) VR 5/62

49) VR 6/61

50) VR 9/61

51) VR 11 und 12/61, 12/62 und Einkaufswegweiser Nr. 3

52) VR 7/62

53) VR 8/62

54) VR 9/62

55) VR 5/61

56) VR 4/62

57) VR 6/62 S. 4

teil des betreffenden Konsumgüterbereichs erfassen. Bei der Auswahl des zu prüfenden Warenangebots muß also stets gewährleistet sein, daß dem Verbraucher nicht nur wenige aus einer Unzahl gleichartiger Güter herausgegriffene Waren präsentiert werden, sondern daß man ihm für einen abgrenzbaren Marktbereich eine wirkliche Einkaufshilfe an die Hand gibt".

Der Idealfall wäre danach die Einbeziehung sämtlicher konkurrierender Waren.

a) Bei der Reichartigkeit des Warenangebots wird es aber in der Regel unmöglich sein, sämtliche vergleichbaren Waren zu einem Test heranzuziehen. Waschmittel und Seifen beispielsweise werden auch von einer Unmenge kleiner chemischer Betriebe hergestellt, die Abnehmer finden, obwohl sie nicht allgemein bekannt sind. Ähnlich ist es bei Möbelherstellern oder auf dem Textilsektor. Vielfach sind Firmen auch in ihrer näheren Umgebung gut eingeführt, die Warenvergleiche der Verbraucherverbände in der Verbraucher Rundschau wie auch die der DM sind aber zur Veröffentlichung im ganzen Bundesgebiet bestimmt. Eine Ware, die in Hamburg eine durchaus durchschnittliche Bedeutung hat, im übrigen Bundesgebiet jedoch gar nicht vertrieben wird, interessiert im Süden und Westen Deutschlands niemanden. Müßte immer das gesamte Angebot behandelt werden, so müßten viele Warenvergleiche im Ausmaß von Büchern erscheinen. Sie wären damit aber praktisch nicht mehr durchführbar; sie würden ja einen unverhältnismäßig großen Aufwand erfordern. Mag es noch möglich sein, über Verbände alle einschlägigen Hersteller zu erfahren, so ist es doch unmöglich, alle Waren zu prüfen. Die Verbraucher wären auch nicht bereit, eine viel teurere VR zu kaufen, zumal die Tests für sie nahezu unbrauchbar wären. Es ist schon schwierig, aus einer Tabelle von zehn bis zwanzig Waren die geeignetste und preiswerteste herauszufinden. Wie will man es unter mehreren hundert noch fertigbringen?

Es bleibt den Veranstaltern von Warenvergleichen folglich nichts anderes übrig, als aus der Fülle der vergleichbaren Waren eine Auswahl zu treffen und nur einen meist zahlenmäßig sehr beschränkten Kreis zu testen.

b) So waren bisher nur wenige Tests nahezu vollständig, etwa der sehr ausführliche Einkaufswegweiser für Bügeleisen (58) und der Personenwaagentest (59), in den alle deutschen und ausländischen Fabrikate einbezogen wurden, "die im Juli/August 1962 als Marktangebot ermittelt werden konnten".

Oft geben die Verbraucherverbände an, nach welchen Grundsätzen sie die Auswahl getroffen haben. Im Diktiergerätetest hieß es: "Nach unserer Kenntnis wer-

58) Einkaufswegweiser Nr. 3

59) VR 10/62

den heute auf dem deutschen Markt Diktiergeräte im wesentlichen von den in der Marktübersicht genannten Firmen angeboten" (60). Das waren dann 22 Geräte von 16 Herstellern. Im Waschmitteltest: "Die Auswahl der Waschmittel erfolgte den Marktverhältnissen entsprechend. Es wurden zunächst nur die bekanntesten Waschmittel berücksichtigt, die im gesamten Bundesgebiet erhältlich sind. Eine Reihe weiterer Waschmittel, die regional ebenfalls große Bedeutung haben, konnten in diesen ersten Test nicht einbezogen werden" (61).

Im Kühlschränke-Vergleich: "... lediglich Kompressorkühlschränke in der Größenklasse von 115 bis 210 Liter. Ausgeklammert aus der Untersuchung sind ferner alle Einbau-Kühlschränke, Tiefkühltruhen und Kombinationen aus Kühlschränken und Truhe, alle Wandschrank- und Einbaumodelle, sowie alle ausländischen Fabrikate, sofern sie nicht unter deutschen Handelsmarken angeboten werden" (62). Im Fernsehgerätetest: "Weiterhin war es erforderlich, die Marktübersicht wegen der Vielzahl der angebotenen Typen zu beschränken. So scheiden alle Schrankmodelle und Kombinationen wie Truhen mit Plattenspieler und Radiogerät aus. Nicht in den Vergleich aufgenommen wurden ebenfalls ... die tragbaren Fernsehgeräte sowie alle 43er und 53er Gerätetypen" (63).

So wurden beim Personenkraftwagentest (64) alle Sport-, Kombi- und ausgesprochenen Luxuswagen ausgeklammert, so daß zwar noch der "Mercedes 220" aufgenommen war, der "BMW V8" aber schon nicht mehr. Beim Vergleich der Reise-transistor-Radios (65) wurden aus dem ungemein vielseitigen Angebot nur solche Geräte mit der "üblichen Transistorbestückung von acht bis zehn Transistoren", unter diesen wiederum nur Reiseempfänger und hierunter wiederum nur solche mit eingebautem UKW-Teil herausgegriffen. Die Nähmaschinenübersicht (66) beschränkte sich auf Originalerzeugnisse europäischer Hersteller, "die einen gewissen Marktanteil besitzen, also allgemein bekannt sind".

c) Die Beschränkung - die daneben auch aufgrund von Unkenntnis aller Anbieter erfolgt (67) - wird in der Regel also in zwei Richtungen betrieben:

60) VR 5/61 S. 3

61) VR 6/61

62) VR 7/61

63) VR 10/61 S. 2

64) VR 1 und 2/62

65) VR 4/62

66) VR 5/62

67) so schrieb "Der Photomarkt" Nr. 7/1962, zitiert in MA 62, 627, zum Test der DM in Nr. 13/62: "Wir wissen nicht, wer die DM-Redakteure hinsichtlich des Warenangebots beraten hat, denn jeder Fachmann sieht sofort, daß es sich hierbei um keinen repräsentativen Querschnitt von vollautomatischen Kameras handeln kann".

aa) Einmal wird innerhalb der zu testenden Warenart spezialisiert, so daß also nicht alles geprüft wird, was demselben Gebrauchszweck dient. Also etwa nur vollautomatische Waschmaschinen oder Autos einer gewissen Hubraumklasse. Die Schranke wird dabei nicht willkürlich und lediglich um ihrer selbst willen gesetzt (so wäre es etwa, wenn man Waschmaschinen von einer Höhe zwischen einem Meter und einem Meter zwanzig vergleichen würde), sondern sie wird unter dem Gesichtspunkt der Verbrauchertauglichkeit des Tests gezogen, insbesondere indem die modernsten Entwicklungen der Warenart herangezogen werden, bei Waschmaschinen und Nähmaschinen also die Vollautomaten, bei Bügeleisen die mit eingebautem Temperaturregler, bei Fernsehgeräten die größte Bildschirmgröße oder bei Feuerzeugen die mit Gas betriebenen.

bb) Zum anderen werden die Beschränkungen nach der Marktbedeutung der einzelnen Produkte vorgenommen. Es werden also nur diejenigen ausgewählt, die allgemein bekannt sind, die nicht nur einen verschwindend kleinen Marktanteil haben und die möglichst überall oder doch größtenteils im Bundesgebiet zu kaufen sind, eben die, für deren Gegenüberstellung ein Interesse bei der großen Mehrzahl der Verbraucher besteht. In diese Einteilungsgruppe sind wohl auch die Beschränkungen zu zählen, die vorgenommen werden, wenn nur deutsche Produkte verglichen werden, weil die Veranstalter dann wohl davon ausgehen, daß die ausländischen für das deutsche Publikum nur wenig Interesse haben (68).

3. Sind die einzubeziehenden Waren ausgesucht, so geht es an die Durchführung des Tests.

a) Dabei taucht zunächst die Frage auf, wer mit der Durchführung des Tests befaßt wird. Die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände hat ein Institut für Warenprüfung mit dem Sitz in Beuel/Rhein zur "Warenprüfung von Verbrauchs- und Gebrauchsgütern im Interesse der Verbraucher und zur Förderung des Qualitätsgedankens in der Wirtschaft" (69) eingerichtet. Dieses Institut hat unter anderem die Aufgabe, Vergleichsprüfungen auszuführen (70). Es hat auch schon Tests durchgeführt (71), vor allem solche ohne technische Prüfung. Das waren bis Mitte 1962 fast alle. Die technischen Prüfungen sollen durch geeignete Prüfinstitute durchge-

68) Hinsichtlich der Marktbedeutung verschaffen sich die Verbraucherverbände vor allem durch die Nachfrage bei Fachverbänden einen Überblick (nach einer Auskunft der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände vom 10.10.1961

69) Vorspruch der Prüfordnung des genannten Instituts

70) § 1 der Prüfordnung

71) VPK 9/60 S. 10

führt werden (72). In erster Linie bedienen sich die Verbraucherverbände dabei der Bayerischen Landesgewerbeanstalt (BLGA) Nürnberg. Die BLGA war beispielsweise mit folgenden Warenvergleichen befaßt: Heizlüfter (73), Brotröster (74), Tauchsieder (75) und Bügeleisen (76). Den Waschmitteltest (77), auf den die Verbraucherverbände besonders stolz sind (78), hat die Wäschereiforschung Krefeld durchgeführt, den Personenwaagenvergleich (79) die Eichdirektion Berlin.

Die praktische hauswirtschaftliche Prüfung erfolgt "durch hauswirtschaftliche Testringe, die sich aus urteilsfähigen Hausfrauen zusammensetzen" (80).

Die Interpretation und Kommentierung der Prüfergebnisse ist schließlich wieder Sache des Warenprüfungsinstituts der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände.

b) Woher die getesteten Geräte stammen, sagt die AGV im Gegensatz zur DM in der Regel nicht. Zum Teil, soweit keine speziellen technischen Prüfungen erfolgten, wurden die Daten aus Werbeprospekten und aus Äußerungen der betroffenen Unternehmer entnommen. Die Unternehmer werden nämlich vor Durchführung des Tests von seiner Planung in Kenntnis gesetzt und aufgefordert, Prospektmaterial einzusenden und eventuelle Angaben zu machen. Teilweise werden ihnen auch exakte Fragen zu technischen Einzelheiten gestellt. Dieser Aufforderung kamen sie in der Regel nach. Sie geschieht insbesondere zur Schaffung eines Überblicks und um bei der Beurteilung nicht einzelne Vorzüge zu übersehen und um fortschrittliche Neuerungen gerecht beurteilen zu können. Ansonsten werden die Geräte, wie das die DM tut, aus dem Handel bezogen (81). Einen derartigen Hinweis enthält auch der Waschmitteltest (82).

c) Für den Test werden mehrere Prüfmuster des gleichen Typs - mindestens drei Stück, beim Tauchsiedertest (83) waren es mindestens fünf Exemplare jeden Fabrikats - untersucht, um nicht Zufallsfehler als Prinzipfehler zu werten (84). Die Warenprüfungen erfolgen im Hinblick darauf, inwieweit die Gebrauchstauglichkeit den Verbrauchererwartungen entspricht. Material und Gebrauchsfähigkeit

72) Kluy, Die verbraucherorientierte Warenprüfung, S. 37

73) VR 7/62

74) VR 8/62

75) VR 9/62

76) VR 12/62

77) VR 6/61

78) VR 6/62 S. 3

79) VR 10/62

80) Kluy aaO. S. 37

81) Gespräch vom 10.10.1961

82) VR 6/61

83) VR 9/62

84) VR 6/62 S. 4

werden getestet, wobei die Materialprüfungen rein technischer Art sind, bei denen das Gerät Belastungen ausgesetzt wird, die etwa denen des späteren Gebrauchs entsprechen (85). Kluy, der Leiter der BLGA, gibt dafür als Gesichtspunkte an (86): Konstruktive Gestaltung, Einhaltung der Normen, Austauschbarkeit von Verschleißteilen, stoffliche Eignung, stoffliche Güte, Herstellungsgüte, funktionelle Eignung, Kraft- und Energieaufwand, Unfall- und Gesundheitsschutz, Nutzungsdauer und Verpackung. Wann eine praktische hauswirtschaftliche Prüfung stattgefunden hat, haben die Verbraucherverbände bisher nicht angegeben (87). Beim Test der Heizlüfter, Brotröster oder Tauchsieder muß nach den wiedergegebenen Daten eine praktische Prüfung erfolgt sein, wenn auch wohl durch die BLGA. In der allgemeinen Erörterung über den Warenvergleich (89) wird die Heranziehung von "Verbraucher-Testgemeinschaften" bestätigt, die "mit den Augen der Hausfrau" die wissenschaftliche Prüfung durch praktische Erfahrungen ergänzen sollen, damit praxisnahe und den Verbraucherinteressen entsprechende Untersuchungen, Auswertungen und Ergebnisse erreicht werden.

Als hauptsächliche Gesichtspunkte für die hauswirtschaftliche Prüfung führt Kluy (90) auf:

Einfache Handhabung, Bequemlichkeit, Reinigungsmöglichkeit, Auf- und Abbau, Platzbedarf und Unterbringungsmöglichkeit, sonstige Vor- und Nachteile in der Verwendung, Wirtschaftlichkeit, allgemeine Verständlichkeit der Behandlungsvorschriften, Bedienungsanweisungen und Gebrauchsanweisungen.

Zu der Frage, wie geprüft wird, stellen die Verbraucherverbände fest: "Die Beurteilung der Gebrauchstauglichkeit darf sich nur auf objektivierbare bzw. eindeutig feststellbare Tatbestände stützen, wobei die Prüfung einwandfrei reproduzierbar sein muß. Die Untersuchung muß umfassend sein und darf sich nicht nur auf einen Teil der Qualitätsmerkmale beziehen, auch wenn diese für den Verbraucher besonders interessant sein sollten. Die Untersuchungsmethoden sollten angegeben werden" (91).

4. Der nächste Schritt ist dann die Auswertung des Prüfungsergebnisses. Sie erfolgt durch das Testbüro der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände (AGV) (92).

85) Herzog in Bock-Specht S. 232

86) Die verbraucherorientierte Warenprüfung S. 44 ff

87) vgl. als Beispiel aber den Rasierapparatetest in DM 3/62 S. 38 ff

88) VR 7, 8, 9/62

89) VR 6/62 S. 4

90) aaO. S. 46

91) VR 6/62 S. 4

92) VPK 14/62 S. 2 und VR 6/62 S. 4

Wie erwähnt erteilen die Verbraucherverbände keine Gütenoten. Es muß aber die Tabelle, die sich aus den wissenschaftlichen Prüfberichten an sich leicht erstellen läßt, in einer jedermann verständlichen Sprache erläutert werden. Dabei werden auch die einzelnen Gesichtspunkte in ihrer Bedeutung beschrieben, was eine Wertung und einen Vergleich der Prüfergebnisse voraussetzt.

5. Damit ist der Warenvergleich, wie er unter III beschrieben ist, fertiggestellt. Er wird in der gewonnenen Form veröffentlicht. Die Veröffentlichung geschieht in erster Linie in der Verbraucher Rundschau, einer monatlich einmal erscheinenden Zeitschrift, deren Kernstück unter dem Titel "AGV-Test" (93) ein Warenvergleich ist. Die Verbraucher Rundschau, die von der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V., Bonn, herausgegeben wird, wird nicht im Zeitschriftenhandel vertrieben, sondern durch Postversand zum Vierteljahresabonnementspreis von DM 1, 50. Der Bezug ist nicht mit einer Mitgliedschaft bei einem Verbraucherverband oder einer sonstigen der AGV angehörenden Organisation verbunden.

Teilweise wurden von der AGV auch sog. "Einkaufswegweiser für hauswirtschaftliche Güter" herausgegeben, die in "zwangloser Folge" erscheinen und über die Geschäftsstelle der AGV zu beziehen sind. Diese Einkaufswegweiser entsprechen etwa den Warenvergleichen in der Verbraucher Rundschau, sind aber wohl noch etwas ausführlicher (94).

Die Verbraucherverbände wollen mit ihren Warenvergleichen dem gemeinen Nutzen dienen. Dem entspricht es, daß sie die Testergebnisse allen Trägern öffentlicher Information kostenlos zur Verfügung stellen. Die Verbraucherverbände argumentieren so:

"Die gestellte Aufgabe kann nur gelöst werden, wenn die Verbreitung von Warentests zu einem Anliegen aller Einrichtungen der öffentlichen Meinungsbildung, insbesondere der Presse, des Rundfunks und des Fernsehens wird. Schließlich handelt es sich um Information zur Förderung der Markttransparenz, die jedermann angeht" (95).

Zur Information der Presse hat die AGV neuerdings einen Pressedienst "test" gegründet, der eine kurze und eine ausführliche Fassung des jeweiligen Prüfberichtes und im Anhang eine vergleichbare Beurteilung aller getesteten Waren enthält und für dessen sachlichen Inhalt die AGV die volle Verantwortung übernimmt.

93) bis VR 5/62: "Der gute Kauf"

94) vgl. z.B. die Bügeleisentests in VR 11 und 12/61 einerseits und den Einkaufswegweiser Nr. 3 andererseits

95) VPK 19/62 S. 2

Nach einer Äußerung der Verbraucherverbände (96) werden "eine Reihe maßgeblicher Publikationsorgane auf dem Wege der Verbreitung der Testergebnisse bei-spielhaft vorangehen". In der Verbraucher Rundschau 1/62 S. 4 teilte die AGV mit, die Warenvergleiche in den Heften 7-12/62 hätten so eine Auflagenhöhe von rund 15 Millionen erreicht.

In ihrer Nummer vom 26. 8. 62 hat zum Beispiel die Frankfurter Illustrierte den Abdruck der Abbildungen und Einzelbesprechungen des Heizlüftertests ohne Hinweis auf die Verbraucherverbände zwar, aber mit Anführung der BLGA als Initiatorin des Vergleichs gebracht und zugleich angekündigt, daß sie bei Vorliegen weitere Tests veröffentlichen werde.

Diese Verbreitung hat jedoch auch eine kritische Seite. Die Verbraucherverbände scheinen auch dabei in der Presse nicht nur Entgegnungen zu finden.

So schrieb die Wochenzeitung "Die Zeit" vom 13. 7. 1962 über den ersten ihr der-art zur Veröffentlichung angebotenen Test (Heizlüfter):

"Eine 23 Zeilen lange Kurzfassung sagt so gut wie gar nichts aus. Die Langfassung von 10 Seiten plus Tabelle nimmt im Druck etwa eine dreiviertel Zeitungsseite in Anspruch - ein Volumen, das nur wenige Zeitungen für diesen Zweck zur Verfügung stellen werden. ... wird es da nicht häufig so geschehen, wie in der Hamburger Morgenpost, die aus den 23 Kolumnen der Tabelle mit Testdaten einfach sechs herausuchte und ihren Lesern damit ein völlig schiefes Bild der Testergebnisse vermittelte. Uns scheint, die Verbraucher sind auf einem falschen Weg, denn mit dieser Veröffentlichung wird das Informationsbedürfnis des ernsthaft Interessierten nicht befriedigt".

Im "Zeitungs-Verlag und Zeitschriften-Verlag" (97) wurde gegen die Veröffentlichung von Warentests in dieser Weise so argumentiert:

"... Aber man kann doch nicht erwarten, daß die Zeitungen und Zeitschriften nun auch ihrerseits aktiv werden, um die Leistungen ihrer Inserenten im eigenen Blatt zu diskriminieren. So viel "Altruismus" verträgt die privatwirtschaftliche Basis der Zeitungs- und Zeitschriftenverlage nicht".

V. Die Bedeutung des Warenvergleichs

1. Das Angebot ist zu reichartig und vielfältig geworden, als daß der Verbraucher sich noch der Mühe des Vergleichens unterziehen wollte oder könnte (98). Gerade

96) VPK 14/62 S. 2

97) Nr. 21/1962 - zitiert in WRP 62, 301

98) so auch Helle NJW 62, 1177

bei technischen Geräten, wie sie für die moderne Lebensführung immer bedeutender werden, fehlt dem Durchschnittskäufer auch ganz einfach die Fähigkeit zu prüfen. Gleich schwierig ist es oft, die Tauglichkeit eines Kunststoffes zu testen. Es werden aber immer mehr Rohstoffe entwickelt. Hinzukommt, daß die Preise - insbesondere bei den Massenartikeln - eine weitgehende Nivellierung erfahren haben (99). Ein übriges tut die stark intensivierte Werbung (100), um die Urteilsfähigkeit des Käufers abzubauen, denn sie bietet immer weniger Aufklärung und Beratung und spricht dafür mehr und mehr das Unterbewußtsein an. Bei gleichartigen Gütern werden Unterscheidungen künstlich erzeugt (101). An die Stelle des Vergleichs treten deshalb an sich unsachgemäße Motive, nämlich solche, die weder mit der Qualität bzw. dem Gebrauchswert noch mit der Preiswürdigkeit etwas zu tun haben. Das Ergebnis ist, daß der Verbraucher das Teuere dem Billigen vorzieht, weil er es für besser hält oder weil ihn sein Geltungsbedürfnis dazu drängt, oder er folgt kritiklos den zumeist unkontrollierbaren Anpreisungen der Werbung.

Was not tut, ist daher eine uninteressierte und objektive Aufklärung. Einer der führenden Vertreter der sozialen Marktwirtschaft, Röpke, fordert deshalb:

"Daraus ergibt sich für uns das selbstverständliche Postulat, daß es auch über der privaten Reklame der interessierten Produzenten in der wirtschaftlichen Demokratie des Marktes eine objektive Aufklärung der Konsumenten geben sollte, die sie zur Urteilskraft erzieht, ihnen die Elemente der Warenkunde beibringt und sie auf diese Weise gegen die Infektion durch die bloße Suggestivwerbung impft, während sie ihnen eine um so höhere Schätzung der Leistungsreklame, wie wir es nennen könnten, zu vermitteln sucht. Diese Aufklärung sollte auf der Schule beginnen. Ich glaube, daß diese Forderung außerordentlich beherzigenswert ist und daß ihre Erfüllung sogar einen nicht unwesentlichen Schritt in der Reform unseres so sehr an der Verletzung des Leistungsprinzips leidenden Wirtschaftssystems bedeuten würde" (102).

Gerade Röpke verneint aber, daß dazu "der gefährliche Alleshelfer Staat allein

99) Bericht der Schweizerischen Studiengruppe für Konsumentenfragen in VPK 4/61 S. 6 f

100) Aufschlußreich hierzu für die allerdings nur sehr beschränkt vergleichbaren amerikanischen Verhältnisse: Vance Packard, Die geheimen Verführer (The Hidden Persuaders) Düsseldorf 1958.

101) Man denke nur an die vielen fremd klingenden Zusätze bei Zahnpasten, bei Medikamenten oder auch bei Kraftfahrzeugtreibstoffen.

102) Röpke, Maß und Mitte, S. 212

oder auch nur in erster Linie berufen wäre" (103).

2. Auf diese unübersichtliche Marktsituation trifft der Warenvergleich. Seine Wirkung hängt von der Eigenart des Tests ab.

a) Bietet dieser (wie es anfangs die Regel war) nur die Gegenüberstellung der ermittelten Daten in Zusammenhang mit Erläuterungen, so ist die Auswertung für den persönlichen Gebrauch schwierig. Der Leser kann sich etwa in der Tabelle die guten und die schlechten Eigenschaften jeder Ware kennzeichnen und dann summieren. So kommt er zu einer Einstufung, die aber schablonenhaft die einzelnen Punkte gleichbehandelt. Er kann auch von einem für seine Wünsche besonders bedeutenden Gesichtspunkt (etwa dem Preis) ausgehen und dann unter den günstigeren Produkten dasjenige auswählen, welches sonst am günstigsten liegt. Mit Geduld und einiger Überlegung - und das braucht er ja bei einem vernünftigen Kauf ohnehin - kann der Leser einen Überblick über einen Hauptteil des zur Auswahl stehenden Angebots gewinnen. Selbst wenn er nur die technischen Daten und Preise zusammengestellt findet, so hat er doch schon so viele Anhaltspunkte, wie er sie sonst nur in mühevoller Aussuchen sich selbst erarbeiten könnte, also bedeutend mehr, als der durchschnittliche Käufer prüfen wird. Er weiß, welche bedeutenden Angebote am Markt konkurrieren und kann leicht einzelne Eigenschaften und die Preise vergleichen und entnimmt aus den allgemeinen Erläuterungen, auf welche Gesichtspunkte er besonders achten muß.

b) Ist der Warenvergleich unvollständig, so gibt er doch die unter a) geschilderte Marktaufhellung, wenngleich er noch nicht endgültige Kaufentschlüsse zuläßt. Gesichtspunkte, die ausgelassen sind, muß der Verbraucher noch prüfen. Dabei wird er aber schon nurmehr ein wesentlich beschränkteres Angebot zu untersuchen haben, denn er kann nach dem vergleichenden Test bereits eine Vorwahl treffen.

c) Ein Warenvergleich, der alle wesentlichen Eigenschaften beurteilt - oder die dazu nötigen Daten liefert - bietet eine vollständige Marktübersicht. Er dient der Marktaufhellung soweit, daß der Kaufwillige sich unter Einbeziehung und Betonung seiner persönlichen Wünsche bereits zuhause eine genaue Rangordnung der Konkurrenzprodukte bilden kann. Neuerdings kann er auch die Formgestaltung dabei einbeziehen, denn er findet auch Abbildungen. Er kann also allein nach der Lektüre eines Warenvergleichs einen vernünftigen Kaufentschluß tätigen, was nicht erschreckt, wenn man bedenkt, daß heute schon sehr häufig nach den Katalogen

der Versandhäuser gekauft wird. Die jetzt schon durch die Verbraucherverbände übliche Auswertung der Daten hinsichtlich der Gebrauchstauglichkeit sichert dem Warenvergleich dabei weiteres Verständnis und eine breitere Wirkung.

VI. Die Veranstalter von Warenvergleichen

Warenvergleiche werden in der Bundesrepublik Deutschland mittlerweile von verschiedenen Organisationen veranstaltet und veröffentlicht. Fachtests, wie beispielsweise über Kraftfahrzeuge, welche dann zumeist fortlaufend ein Konkurrenzprodukt nach dem anderen in aufeinander folgenden Nummern einer Zeitschrift prüfen, gab es auch in Deutschland schon länger. Eine Verwandtschaft besteht auch zu den Theater- oder Musikkritiken und zu den Buchrezensionen. Jung sind aber bei uns die vergleichenden Warentests.

1. Den Anfang machten entgegen einer weit verbreiteten Ansicht der Tagespresse die Verbraucherverbände. Die Presse sieht den Beginn der deutschen Querschnittstests bei der DM (104). Die DM veröffentlichte ihren ersten Warentest (105) aber erst am 11.9.1961, während die Verbraucherverbände seinerzeit schon auf eine jahrelange Praxis zurückblicken konnten (106). Der Beginn war zunächst allerdings sehr zaghaft. Es wurden anfangs mehr nur vergleichende Marktübersichten ohne Prüfung der Gebrauchstauglichkeit geboten. Der erste perfekte Warenvergleich war aber, worauf die Verbraucherverbände mit Recht hinweisen (107), der Waschmitteltest in der Verbraucher Rundschau 6/61, die im Juni 1961 erschien. Die falsche Ansicht der Tagespresse beruht darauf, daß diese die neue Testserie der Verbraucherverbände für den Beginn deren Testens überhaupt hielten (108), weil sie zuvor kaum Kenntnis davon genommen hatte.

a) Die Bezeichnung Verbraucherverbände ist eine Vereinfachung. Initiatorin der Warenvergleiche ist die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V. mit dem Sitz in Bonn, deren Geschäftsstelle sich in Beuel/Rhein, Friedrichstraße 23 befindet. Die AGV - wie der Name schon sagt - ein Zusammenschluß einzelner Verbände (109). Die Bezeichnung "Verbraucherverbände", die erlaubt ist,

104) vgl. SZ vom 2.4., 16./17.6. und 6.7.1962; ebenso Helle NJW 62, 1177

105) Nr. 1/61 - Damenstrümpfe

106) Rinck BB 60, 949

107) VR 6/62 S. 3

108) so SZ aaO.

109) Mitglieder sind: Arbeitsgemeinschaft Evangelischer Hausfrauen der Evangelischen Frauenarbeit in Deutschland, Bund der Kinderreichen Deutschlands, Bund der vertriebenen Deutschen, Deutsches Beamtenkartell, Deutscher Fa-

weil die Arbeitsgemeinschaft doch nur eine organisatorische Zusammenfassung darstellt, die in der Zweckrichtung nicht abweicht, empfiehlt sich für diese Arbeit auch deshalb, weil in Einzelfällen andere Verbraucherorganisationen an den Tests beteiligt werden, so die Verbraucherzentralen in Hannover (110) und München (111).

b) Die Verbraucherverbände führen zur Zeit eine gewisse Umwandlung ihres Testens durch (112). Danach soll - angetrieben wohl durch eine Klage des "Ver-eins gegen Unwesen in Handel und Gewerbe" vom 23.8.1962 (113) - der Warenvergleich in einer neuen, aus der AGV ausgegliederten Organisationsform veran-staltet werden. Dies soll eine - von der AGV ins Leben gerufene und selbst-verständlich privatrechtliche - "gemeinnützige Stiftung für Warentest" sein, die den Zweck der wahrheitsgemäßen und objektiven Aufklärung der Verbraucher über Waren und gewerbliche Leistungen mit dem Ziel einer besseren Marktüber-sicht haben soll. Bundeswirtschaftsminister Erhard hat nach einem Bericht der SZ vom 25.1.1963 zugesichert, "die Wünsche der AGV bei der Einrichtung einer Institution für vergleichende Warentests in angemessener Weise zu berücksichti-gen".

Nun ist zwar nicht gesagt, wer zum Vorstand der Stiftung gehören wird, während für das beaufsichtigende Kuratorium eine ganze Reihe von Gremien Mitglieder

Fortsetzung der Fußnote 109 von Seite 19:

milienverband, Deutscher Frauenring, Deutscher Hausfrauen-Bund, Deut-scher Mieterbund, Deutscher Verband berufstätiger Frauen, Deutsche Volks-gesundheitsbewegung, Frauengilde im Zentralverband deutscher Konsum-genossenschaften, Innere Mission und Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland, Institut für Selbsthilfe und Sozialforschung e.V., Katholi-sche Arbeiterbewegung (Verbandszentrale der katholischen Arbeiter- und Knappenvereine Westdeutschlands), Katholische Männergemeinschaften Deutschlands, Landesarbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände des Lan-des Nordrhein-Westfalen, Zentralverband deutscher Konsumgenossenschaften, Zentralverband der Fliegergeschädigten, Evakuierten und Währungsgeschä-digten und Zentralverband der katholischen Frauen- und Müttergemeinschaf-ten Deutschlands (laut Schreiben der AGV, vom 10.10.1961)

110) VR 8/62 S. 2

111) VR 8 und 9/62

112) VR 1/63

113) VR 1/63 S. 3

benennen können (114). Konzept der gemeinnützigen Stiftung Warentest ist aber, daß Warenvergleiche von Verbraucherorganisationen veranlaßt und durchgeführt, vom Staat beaufsichtigt und von der Wirtschaft mitberaten werden sollen (115). Daß der Staat die Tests durchführt und damit Steuergelder verprozessiert, lehnt die AGV ab. Hiervon fürchtet sie auch eine "Lahmlegung durch Bürokratie" (116). Die Verbraucherverbände werden sich den Warenvergleich deshalb auch in der neuen Form nicht aus der Hand nehmen lassen. Hierauf deutet auch die an die Adresse des Bundeswirtschaftsministers gerichtete Androhung einer "Radikalisierung des Verbraucherverhaltens" (117) hin.

Von der Änderung der Rechtsform der Testzentrale sind daher sachlich keine andersartigen Aspekte zu erwarten. Gleichwohl rechtfertigt es sich aber auch im Hinblick hierauf wieder, der Bezeichnung "Verbraucherverbände" den Vorzug vor dem Titel "Warenvergleiche der AGV" zu geben.

Unklar ist, was die Ankündigung des Bundeswirtschaftsministers, er plane die Errichtung eines "Allgemeinen Deutschen Warentest-Instituts", das die Öffentlichkeit über Nutz- und Gebrauchswert von überregional angebotenen Waren mit gleichbleibender Qualität unterrichten solle (118), bedeutet. Als Anfangskapital sind 500 000. - für eine Stiftung des privaten Rechts vorgesehen. Daß der Stiftung für eine "Reihe von Jahren" öffentliche Mittel zugesichert werden sollen (119) deutet jedenfalls auf eine Verwirklichung des Vorschlags der AGV hin, desgleichen, daß Bundeswirtschaftsminister Erhard wenige Tage vor Bekanntgabe seines Entschlusses mit Vertretern der AGV konferierte (120).

2. Warenvergleiche werden daneben, wie oben schon erwähnt, von der Zeitschrift "DM - Die Deutsche Mark" veranstaltet, die seit dem 11.9.1961 in Stuttgart im

114) dies sind nach VR 1/63 S. 4: Der Deutsche Bundestag, das Bundeswirtschaftsministerium, sonstige Bundesministerien, die Verbraucherorganisationen, der Bundesverband der Deutschen Industrie, die Spitzenverbände des Handels, Gewerkschaften, der Deutsche Industrie- und Handelstag, der Deutsche Handwerkskammertag, das Rationalisierungskuratorium der deutschen Wirtschaft, der Deutsche Presserat, Prüfinstitute, der Deutsche Normenausschuß

115) VR 1/63 S. 3

116) VR 1/63 S. 11

117) VR 1/63 S. 12

118) SZ und FAZ vom 4.2.1963

119) SZ vom 4.2.1963

120) SZ vom 25.1. und 4.2.1963

Verlag Waldemar Schweitzer GmbH & Co KG erscheint und sich jetzt die "Erste Zeitschrift mit Warentests" nennt. Sie wird im Zeitschriftenhandel vertrieben, erscheint vierzehntägig und kostet DM 1. - pro Heft. Jedes Heft enthält zumindest einen Warenvergleich. Der Warenvergleich der DM ist journalistischer aufgebaut, was der DM zusammen mit einer Reihe von Prozessen ihre große Popularität verschafft haben dürfte (121). Er beginnt mit der oben (122) schon erwähnten Güteklassifizierung, schildert dann häufig die Marktsituation bei dem betreffenden Produkt oder das Zustandekommen des Tests mit allen Schwierigkeiten, die auftraten. Dann werden einzelne Erfahrungen aus dem Test mitgeteilt, auf die Tabelle wird in der Regel weniger Wert gelegt als bei den Vergleichen der Verbraucherverbände, dafür erfährt aber jedes einzelne Produkt in Verbindung mit einer Abbildung eine ausführliche Besprechung, die in der Regel keine Daten enthält, sondern eine Beurteilung der einzelnen Eigenschaften. Der Warenvergleich ist derart sehr leicht verständlich. Ein Vorteil des DM-Tests, der in der Regel im eigens hierzu gegründeten DM-Testinstitut durchgeführt wird, ist auch, daß er stärker auf die wichtigen Gebrauchseigenschaften abstellt, als der der Verbraucherverbände dies tut. Dabei ist er allerdings in sachlicher Beziehung oft nicht so vollständig. Ein gutes Beispiel bieten hierfür die Heizlüftertests, welche die DM in Nr. 9/62 und die Verbraucherverbände in Verbraucher Rundschau 7/62 veröffentlichten. Die DM untersucht auch in der Regel einen kleineren Kreis von Produkten. Beim Heizlüftertest, wo sie Propeller- und Walzenlüfter zusammen prüfte untersuchte die DM 15 Geräte gegenüber 20 Geräten, die die Verbraucherverbände testeten, obwohl diese nur die Walzenlüfter einbezogen. Der Kühlschranktest der Verbraucherverbände (123) stellte insgesamt 77 Geräte einander gegenüber, der der DM (124) nur 12. Im Test der vollautomatischen Waschmaschinen waren es bei der DM sieben (125), bei den Verbraucherverbänden 32 (126).

Die Güteklassifizierung der DM-Querschnitttests erleichtert die Auswertung. Es hat unzweifelhaft Vorteile, wenn die einzelnen Eigenschaften von den sie prüfenden Fachleuten auch in ihrer Bedeutung gewertet und in Beziehung zum Preis gesetzt werden. Andererseits bleiben dabei spezielle subjektive Wünsche, die jeden Kauf mitbestimmen, unbeachtet. Die Güteklassifizierung durch die DM leidet deshalb unter dem Mangel der Verallgemeinerung. Zumindest als fachkundige Anregung ist sie aber wertvoll.

121) Die Nr. 26/62 hatte bereits eine Auflage von 500 000 Heften.

122) vgl. III 5

123) VR 7/61

124) DM 11/62 S. 36 ff

125) DM 8/62

126) VR 1/61

3. In letzter Zeit ist auch der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) auf den Plan getreten. Pressemeldungen zufolge (127) will er bei seinem Vorstand eine eigene Verbraucherabteilung einrichten und Warentests unterstützen. Der in der Verbraucher Rundschau 6/62 zitierte Gulaschtest des DGB stammt allerdings von 1961 und ist bisher ohne Nachfolger geblieben.

VII. Bisherige juristische Äußerungen zum Warenvergleich

Der Warenvergleich ist noch Neuland für das Recht. Er hat erst wenige Behandlungen erfahren, die alle seine grundsätzliche Zulässigkeit vertreten (128). Zugestimmt hat bislang auch die Rechtsprechung (129). Die Grenzen werden ebenfalls ziemlich einheitlich gezogen. Im wesentlichen verlangt man Neutralität des Testers, Richtigkeit und Vollständigkeit des Tests und stellt strenge Anforderungen an die Sorgfaltspflicht.

2. ABSCHNITT: VERHÄLTNIS DER VERBRAUCHERVERBÄNDE ZUM STAAT

I. Grundrechtsschutz

1. Will man das Recht der Verbraucherverbände, Warenvergleiche durchzuführen, gegenüber dem Staat abgrenzen, so gelangt man zu folgendem:

Die Warenvergleiche stellen - wie gesehen - eine kritische Würdigung einzelner Waren und des Angebots insgesamt dar. Sie enthalten zwar in der von den Verbraucherverbänden jetzt noch benutzten Form im wesentlichen Tatsachen. Diese sind aber durch die Zweckrichtung des Tests, die den Lesern bekannt ist, zu Werturteilen zusammengefaßt (130). Eine wertende Stellungnahme ist eine Meinung im Sinne von Art. 5 GG (131). Die Publikation von Warenvergleichen ist daher Meinungsäußerung und -verbreitung.

127) SZ vom 16./17.6.1962; DZ vom 9.10.1962

128) vgl. Borck, Rechtsgutachten; derselbe, WRP 59, 344 ff; derselbe WRP 62, 359 f; Rinck BB 60, 949 ff; derselbe BB 61, 613; Spengler MA 62, 283 ff; Helle NJW 62, 1177 ff; Hefermehl GRUR 62, 611 ff; Broichhausen in FAZ, auszugsweise wiedergegeben in MA 62, 836 f; Weitnauer DB 63, 55 ff; fast ablehnend wegen praktischer Schwierigkeiten: Leitherer MA 62, 571; verbraucherunfreundlicher auch Möhrings Vortrag vor dem Zentrallausschuß der Werbewirtschaft, MA 62, 967 ff

129) LG Düsseldorf BB 62, 317; dasselbe BB 62, 935; OLG Stuttgart BB 62, 1134

130) ebenso Helle NJW 62, 1177

131) Maunz S. 101; von Mangoldt-Klein Anm. III 1 zu 5 GG

2. Wer Warenvergleiche veröffentlicht, genießt demnach den Schutz des Grundrechts der freien Meinungsäußerung des Art. 5 GG. Es gilt gemäß Art. 19 III auch für die Verbraucherverbände (132) und es gilt nicht nur für die politische Auseinandersetzung, sondern auch für die im wirtschaftlichen Bereich (133) und deshalb auch für den öffentlichen Warenvergleich (134).

3. Ausgangspunkt für die Prüfung des staatlichen Eingriffsrechts ist deshalb die grundsätzliche Zulässigkeit (135). Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung gilt allerdings nicht ohne Grenzen. Es ist in dem hier interessierenden Bereiche beschränkt durch die Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Nach der herrschenden Lehre (136) und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (137) sind unter den "allgemeinen Gesetzen" solche gesetzliche Vorschriften zu verstehen, die nicht die Meinungsäußerung in ihrer rein geistigen Wirkung beeinträchtigen, die Meinungsäußerung als solche also nicht verbieten. Wo aber nach den Umständen des Einzelfalles höherrangige schutzwürdige Interessen eines anderen verletzt würden, muß das Recht zur freien Meinungsäußerung zurücktreten (138). Ein um so weiterer Spielraum bleibt ihm aber, je mehr eine Äußerung dem geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage und nicht eigennützigen Zwecken dient (139). Dazu muß sie allerdings gewissenhaft erstellt sein. Sonst kann der in fremde Rechte Eingreifende nicht für sich in Anspruch nehmen, daß er zur Bildung der öffentlichen Meinung beitragen wolle (140). Zu den allgemeinen Gesetzen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung auszulegen sind (141), so daß die rein geistige Wirkung der reinen Meinungsäußerung niemals untersagt werden kann (142), der freiheitliche Gehalt des Grundrechts also gewahrt bleibt, gehören auch die Normen des bürgerlichen Rechts (143).

132) ebenso Rinck BB60, 949; Borck Gutachten S. 8

133) BGH NJW 62, 32 ff

134) Helle aaO. S. 1179

135) Rinck aaO. S. 950

136) Anschütz Anm. 2-4 zu Art. 118 WRV; von Mangoldt-Klein IX 3 a zu Art. 5 GG; Maunz S. 105; Ridder in Neumann-Nipperdey-Scheuner Bd. II S. 243, 28

137) BVerfG 7, 198, 209 f

138) BVerfG aaO. S. 210

139) BVerfG aaO. S. 212

140) BVerfG NJW 61, 819, 822

141) BVerfGE 7, 198,

142) BVerfG aaO. S. 210; Rinck aaO. S. 950

143) BVerfG aaO. S. 211

4. Die Heranziehung dieser Gedanken für die Warenvergleiche bedeutet, daß diese als Meinungsäußerung zwar grundsätzlich frei sind, daß sie aber, da sie in die Rechte anderer eingreifen (144), nicht schrankenlos zulässig sein können, vielmehr im Einzelfall eine Güterabwägung erfolgen muß, die sagt, welches Gut höherrangig zu bewerten ist. Als "allgemeine Gesetze" im Sinne von Art. 5 II GG kommen in der hier einschlägigen Richtung §§ 1, 3, 14, UWG, 185 ff StGB, 823, 824, 826 BGB in Betracht (145). Für die Freiheit der Veranstaltung von Warenvergleichen wird aber stark ins Gewicht fallen, daß diese ohne eigenes wirtschaftliches Interesse der Verbraucherverbände (wozu aber der einzelne Vergleich unabhängig von den wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen durchgeführt sein muß), also altruistisch erfolgen (146). Die Warenvergleiche stellen auch einen Beitrag zu einem die Öffentlichkeit besonders interessierenden Problem dar, denn den meisten Menschen geht es in erster Linie darum, wie sie ihre Bedürfnisse am besten und am sparendsten befriedigen können.

5. Diese Überlegungen haben eine überragende Bedeutung, wenn man berücksichtigt, daß "auch Urteile des Zivilrichters die aufgrund "allgemeiner Gesetze" bürgerlich-rechtlicher Art im Ergebnis zu einer Beschränkung der Meinungsfreiheit gelangen", das Grundrecht aus Art. 5 I GG verletzen können (147). In einem Rechtsstreit um Ansprüche aufgrund eines Warenvergleichs muß also der Zivilrichter die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht stets im Auge behalten.

II. Verhältnis der Zielsetzung und Wirkung der Warenvergleiche zur staatlichen Wirtschaftskonzeption

Die Abgrenzung der Warenvergleiche dem Staat gegenüber ist zu formell, wenn sie nur die rechtliche Position erläutert. Wichtig ist auch, zu überlegen, welche Stellung der Staat zu diesem Problem praktisch bezieht oder - da es sich ja um eine ziemlich neue Frage handelt - welche er seiner ganzen Zielsetzung nach wahrscheinlich beziehen wird.

1. Hierzu liegen neben der eingangs zitierten Stelle aus der Regierungserklärung vom 9.10.1962 bereits einige Äußerungen vor. Pressemeldungen zufolge hat sich Bundeswirtschaftsminister Erhard wiederholt für die Abhaltung vergleichender Warentests ausgesprochen. Er billigte sie, um die Urteilskraft und Marktübersicht

144) vgl. unten 2. Teil 1. Abschnitt III

145) ebenso Borck aaO. S. 9

146) BVerfG aaO. S. 212; OLG Hamburg NJW 59, 1784, 1785

147) so BVerfG aaO. S. 212

des Verbrauchers zu stärken, forderte jedoch, daß sie von einer öffentlichen Institution, deren absolute Neutralität gesichert sein müsse, vorgenommen werden sollten (148). In einem Gespräch mit einem Vertreter der Zeitschrift Werberundschau führte der Bundeswirtschaftsminister weiter aus, daß auf diese Weise ebenfalls den Unternehmern gedient werde, die ein berechtigtes Bedürfnis nach der Verbreitung wohlfundierter Informationen über ihre neuen Produkte haben (149). Es würde aber nur die Bereitstellung öffentlicher Mittel die Voraussetzung und die hinreichende Gewähr für die objektive Richtigkeit, Neutralität und Sachlichkeit vergleichender Warentests bieten (150).

In der Fragestunde des Deutschen Bundestages vom 13.4.1962 sicherte der Staatssekretär im Bundesjustizministerium, Strauß, zu, daß überprüft werde, ob die öffentliche Auswertung vergleichender Warentests durch das Gesetz gehemmt werde, um etwaige Schranken zu beseitigen. Der Staatssekretär war aber der Ansicht, daß keine Schranken bestünden, wenn die Auswertung nicht zu Wettbewerbszwecken vorgenommen wird und nach objektiven Gesichtspunkten durch eine neutrale Institution erfolgt (151).

Im Südwestfunk trat der baden-württembergische Wirtschaftsminister Leuze für die Warenvergleiche ein. Er sagte:

"Mehr und mehr setzt sich bei den Wirtschaftsjuristen, bei Wirtschaftspolitikern, beim Handel und bei einem Teil der Produzenten die Überzeugung durch, daß ein einwandfreier, objektiver Warenvergleich für den seriösen Hersteller und Kaufmann keine Schädigung bedeutet. ... Der vergleichende Warentest wird die oft vermißte Marktübersicht verbessern, den gesunden Wettbewerb fördern und zu Leistungssteigerung anregen" (152).

Warenvergleiche werden, was angemerkt sein soll, auch vom Bundesverband der Deutschen Industrie befürwortet, wenn die Garantie absoluter Neutralität gegeben wäre und die Prüfungen objektiv seien, worunter der BDI "vernünftige Grundsätze" versteht (153). Fraglich ist aber, ob der BDI diese Einstellung - immerhin zur Zeit des Mißerfolgs der Constructa-Klage gegen die DM (154) - nicht nur einnimmt, um Schlimmerem zu begegnen. Die Reaktion der Industrie, die so weit

148) SZ vom 30.3.1962

149) BB 60 Rundblick 10

150) SZ vom 4.2.1963

151) Bundestagsprotokoll vom 13.4.62 S. 1156 C - 1157 C

152) VPK 24/62 S. 8 und BB 62, 726 (Rundblick)

153) DZ vom 1.6. und 18.7.1962

154) DZ vom 30./31.5.1962; vgl. LG Düsseldorf BB 62, 935

geht, daß diese ihre Erfahrungen den Verbrauchern nutzbar machen will (155), läßt doch überlegen, ob es nicht eigentlich um die Wahrung eines Mitsprache-rechtes geht.

Für Warenvergleiche hat sich jetzt aber auch der Handelsausschuß des Deutschen Industrie- und Handelstages ausgesprochen (156). Der Haushaltsausschuß des Bundestages schließlich hat einstimmig beschlossen, in den Etat für 1963 einen Posten von 500 000,- DM für Warentests aufzunehmen (157).

2. Die überwiegend bejahende Einstellung der Politiker zum Thema Warenvergleich gründet sich wohl auf die Erkenntnis, daß die Warenvergleiche, wenn sie wahr und sachlich sind, der geltenden Wirtschaftsform entsprechen.

Im System unserer sozialen Marktwirtschaft soll der Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage grundsätzlich durch den Preis bestimmt werden, den der Verbraucher zu zahlen bereit ist, also ohne staatlichen Eingriff. Der freie Wettbewerb hat aber, soll er zu gerechten Ergebnissen führen, nämlich daß der mehr verkauft, der vergleichsweise besser und billiger liefert, zur Voraussetzung, daß die Käufer überhaupt entscheiden können, welches Angebot günstig und welches ungünstig ist. Das ist weitgehend nicht mehr der Fall (158).

Damit ist das Funktionieren der Marktwirtschaft aber gestört. Was fehlt ist Marktaufhellung und diese helfen gerade die Warenvergleiche schaffen, wenn sie sachlich richtig sind und in nicht ungebührlicher Form erfolgen. Daß beim Publikum ein Bedürfnis an solchen vergleichenden Tests besteht, zeigt nicht zuletzt der große Absatz, den die DM findet.

Die Warenvergleiche dienen der Verwirklichung der funktionierenden Marktwirtschaft und entsprechen der staatlichen Zielrichtung, so daß kein Grund ersichtlich ist, warum der Staat sie einschränken sollte (159).

3. Er wird sie im Gegenteil eher fördern müssen. Das dürfte sich aus der Proklamierung der Bundesrepublik Deutschland in Art. 20, 28 GG zum Sozialstaat ergeben. Hiernach muß der Staat ja nach den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut sein und das gesamte Recht muß eine soziale Tendenz haben (160).

155) DZ vom 18. 7. 1962

156) SZ vom 28. 1. 1963

157) SZ vom 16. 1. 1963

158) vgl. den Bericht der Schweizerischen Studiengruppe für Konsumentenfragen, VPK 4/61 S. 6 ff

159) vgl. dazu auch die oben, 1. Abschnitt, V 1 zitierte Äußerung Röpkes

160) Maunz S. 62

Die Leidtragenden der sogenannten "psychologischen Kaufmotive" sind die Verbraucher und die kleineren Unternehmer, die gerade bei der Werbung mit den großen Konkurrenten nicht Schritt halten können. Diese beiden am Markt schwächeren Gruppen sind auf Unterstützung angewiesen. Von einem sozialen Staat muß aber erwartet werden, daß er "die wirtschaftliche ... Unterdrückung oder schwere Benachteiligung einer Schicht oder Gruppe ablehnt, bekämpft und zu beheben sucht" (161).

3. ABSCHNITT: VERHÄLTNIS DER VERBRAUCHERVERBÄNDE ZU DEN BETROFFENEN UNTERNEHMERN

I. Grundsätzliches Vergleichsrecht

1. Die Prüfung der von den Verbraucherverbänden durchgeführten Warenvergleiche muß auch im Verhältnis zu den hiervon betroffenen Unternehmern ihren Ausgang davon nehmen, daß die Verbraucherverbände grundsätzlich solche Vergleiche anstellen und publizieren dürfen, da diese Betätigung Meinungsäußerung und -verbreitung ist. Das Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung wirkt zunächst freilich nicht direkt für die Verbraucherverbände gegen die Unternehmer. Es ist vielmehr Abwehrrecht gegen den Staat (162). Zugleich muß das Wertsystem des Grundgesetzes aber als verfassungsmäßige Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten, so daß auch keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift hierzu in Widerspruch stehen darf (163). Der Staat muß die Meinungsäußerung deshalb auch privaten Dritten gegenüber schützen (164). Es spricht daher "die Vermutung für die freie Rede" (165) auch im privaten Bereich.

2. Zur Absteckung der Ausgangssituation für die rechtliche Prüfung der Warenvergleiche durch Verbraucherverbände ist aber noch eine weitere Erwägung anzustellen:

Die Verbraucherverbände vertreten ihren Satzungen entsprechend die Interessen der Verbraucher. Die Warenvergleiche werden zu dem Zweck angestellt, den Käufer zu beraten, ihm den Entschluß zu erleichtern, ihn zu ökonomischen Einkäufen zu leiten. Der Käufer aber darf vergleichen. Das ist ja gerade der Angel-

161) Maunz S. 63

162) BVerfGE 7, 198, 204

163) BVerfG aaO. S. 205

164) Giese-Schunck Anm. II 2 zu Art. 5 GG

165) BVerfG aaO. S. 212

punkt der Wettbewerbswirtschaft. Darf nun nicht auch der Vertreter und altruistische Berater des Käufers dasselbe tun? Dieser Schluß klingt verlockend. Seine Bejahung würde aber einen wesentlichen Unterschied übersehen, der zwischen dem Vergleich durch den Käufer und dem durch die Verbraucherverbände besteht.

Was sich innerhalb eines einzigen Menschen abspielt ist der rechtlichen Erfassung entzogen. Die Motive des Käufers dürfen unsachlich sein. Anders ist es dagegen, wenn jemand mit einem Urteil über Waren an die Öffentlichkeit herantritt. Dieses muß rechtlich nachprüfbar sein, da es dazu angetan ist, die Einzelentschlüsse einer großen Zahl von Verbrauchern dadurch zu bestimmen, daß es deren Motivation ersetzt. Es bewegt sich ja nicht mehr in der nach Art. 1 I GG unantastbaren Sphäre. Der Warenvergleich - nicht dagegen seine Beachtung durch den einzelnen Verbraucher - kann in Rechte anderer eingreifen und dann unzulässig sein. Helle (166) kann deshalb nicht gefolgt werden, wenn er allgemein feststellt, daß niemand gehindert wäre, öffentlich und ungefragt Rat zu erteilen, von wem Waren bezogen werden sollten.

Daß auch beratende Mitteilungen eines Verbandes an seine Mitglieder Rechte privater Dritter verletzen können, ist in der Rechtsprechung anerkannt. So hat der Bundesgerichtshof (167) einen Verband verurteilt, der seinen Mitgliedern Listen säumiger Zahler zusandte. Der besondere Zweck, insbesondere das Handeln als berufenes Organ für die Mitglieder, kann dabei nur eventuell die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen (168), nicht aber kann er die Verbraucherverbände bei der Veröffentlichung ihrer Warenvergleiche von rechtlicher Kontrolle freustellen.

II. Die Möglichkeit der Beschränkung des Vergleichsrechts der Verbraucherverbände

Für die Bearbeitung des Themas ergibt sich aus dem vorangehenden die Konsequenz, daß die Unzulässigkeit der Warenvergleiche nur durch eine besondere entgegenstehende Norm dargetan werden kann. Das heißt; es muß dem Unternehmer, der gegen sie angeht, eine Anspruchsgrundlage zur Seite stehen (169), die gemäß Art. 5 II GG das Recht der Verbraucherverbände beschränkt. Wo dem Recht der freien Meinungsäußerung zum Schutz von Rechten der Betroffenen Schranken gesetzt sind, handelt es sich stets um einen Mißbrauch der Meinungsfreiheit, so daß die Abwägung, wessen Schutz vorgehen soll, dann stets zugunsten der Rechtsgüter der Unternehmer ausfallen muß.

166) Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufs, S. 80

167) BGHZ 8, 142

168) BGH aaO. S. 145

169) so auch Borck aaO. S. 9; Rinck aaO. S. 950

2. TEIL: DIE ANSPRÜCHE DER ZUM VERGLEICH HINZUGEZOGENEN UNTERNEHMER

1. ABSCHNITT: ALLGEMEINES

I. Begriff der zum Vergleich hinzugezogenen Unternehmer

Warenvergleiche sind ihrem Wesen nach eine Gegenüberstellung von Waren derselben Gattung oder solchen, die demselben Gebrauchszweck dienen, Gekennzeichnet werden diese Waren durch ihren Hersteller oder denjenigen, der sie als sein Produkt am Markt vertreibt. Diejenigen Unternehmer, deren Waren verglichen werden, sind daher zum Vergleich hinzugezogen.

II. Die Möglichkeit der Schädigung der hinzugezogenen Unternehmer

1. Schaden ist in diesem Zusammenhang der Nachteil, den die Publizierung der Warenvergleiche für die Rechtsgüter der Unternehmer erzeugt. Die betroffenen Rechtsgüter können dabei sowohl wirtschaftliche als auch ideelle sein (1). Das Hauptinteresse der Unternehmer wird freilich darauf gerichtet sein, keinen Vermögensschaden zu erleiden. Hierauf wird deshalb besonders geachtet werden müssen. Auch die Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Rufs ist ja als Vermögensschaden zu werten.

2. Ein Schaden kann den Unternehmern durch die Warenvergleiche der Verbraucherverbände in verschiedener Weise zugefügt werden.

Es kann eine Absatzminderung eintreten. Eine Möglichkeit ist auch, daß diese zwar durch verstärkte Werbung des betroffenen Unternehmers verhindert wird; der Schaden läge aber dann in den Kosten, die nötig waren, um den drohenden Rückgang aufzufangen. Problematischer ist, ob man dann von einem Schaden sprechen kann, wenn ein Unternehmer Kosten hat, weil er im Warenvergleich genannte Mängel abstellt, denn hierdurch wird seine Ware ja besser und konkurrenzfähiger, so daß der Unternehmer für seine Ausgaben einen wohl gleichwertigen Ersatz erhält. Ein Schaden ist ihm aber doch dann entstanden, wenn er ohne die Aufdeckung des Mangels zur Aufrechterhaltung seines Marktanteils der Verbesserung nicht bedurft hätte, denn der Schaden liegt eben gerade in dem Unterschied begründet, der zwischen der Gesamtgüterlage nach dem Warenvergleich und der besteht, die ohne diesen gegeben wäre.

Einen Schaden erleidet sowohl der Hersteller der schlecht besprochenen Ware als

1) Enneccerus-Lehmann § 14; Palandt-Danckelmann Anm. 1 vor § 249 BGB

auch deren Händler. Bei letzterem ist aber eine Unterscheidung zu machen: führt er auch die gut besprochene Ware, so gleichen sich bei ihm Vor- und Nachteile aus; führt er dagegen nur die schlecht besprochene Ware - gleichgültig ob unter seinem eigenen Namen (2) oder unter dem Namen des Herstellers (3) - so droht auch ihm Schaden.

3. Der Schaden, wollen die Unternehmer seinetwegen Gegenansprüche erheben, muß durch die Warenvergleiche ursächlich herbeigeführt sein (4).

a) Wenn der Leser den Warenvergleich sorgfältig prüft, vermag er sich ein Bild zu machen von der Preiswürdigkeit der einzelnen Angebote gerade für seinen besonderen Bedarf. In der Regel wird er sich bei seinem Kaufentschluß von dieser Erfahrung leiten lassen, das heißt: der publizierte Warenvergleich wird gewöhnlich für die schließlich getroffene Wahl desjenigen Käufers, der ihn gelesen hat, ursächlich.

Dies bedeutet nicht, daß nun alle solchen Verbraucher dieselbe Ware erwerben. Der Warenvergleich der Verbraucherverbände gibt ja nur Anhaltspunkte, neben die die besonderen Bedürfnisse des einzelnen Verbrauchers zu setzen sind. Es wird aber eine Unterscheidung in - unabhängig von subjektiven Wünschen - günstige und ungünstige Waren ersichtlich, so daß in der Regel aus den günstigen Angeboten das den besonderen Bedürfnissen und Wünschen am besten dienende gewählt wird.

b) Die Warenvergleiche bedeuten also zunächst eine Offenlegung der die Preiswürdigkeit bestimmenden Faktoren. Ein weniger günstiges Angebot - soweit der Unterschied nicht schwer erkennbar gering ist - wird als solches erkannt und die betreffende Ware gemieden.

c) Es können aber auch durch Fehler in der Prüfung oder in der Veröffentlichung falsche Angaben publiziert werden, die der Verbraucher, wenn sie schwer nachprüfbar umstände betreffen und sich einigermaßen im Rahmen des Möglichen halten, nicht als solche erkennen wird. Ungünstige falsche Angaben bewirken, daß der Käufer ein tatsächlich gutes Angebot für schlecht halten wird, günstige falsche Angaben lassen ihn ein schlechteres für besser halten, so daß er es ungerechtfertigterweise anderen vorzieht. Geschädigt würden im ersteren Fall der Hersteller oder Vertreibende der schlecht beurteilten Ware, im letzteren die Konkurrenten des Unternehmers der zu gut besprochenen Ware.

2) wie in der Regel die großen Versandhäuser

3) zum Beispiel im Falle eines Kraftfahrzeugvertragshändlers

4) Esser, Schuldrecht, S. 231 f

d) Nicht bloß aus dem Warenvergleich herauslesbare subjektive Empfehlungen der Waren bestimmter Unternehmer sind noch mehr dazu angetan, den Käufer zu beeinflussen. Zumindest wird er ihnen gegenüber weniger seine besonderen Gebrauchsbedürfnisse berücksichtigen. Derart kann der Schaden verstärkt werden, gleichgültig, ob der Vorschlag sachlich begründet ist oder nicht, am meisten aber, wenn er nicht in Beziehung mit tatsächlichen Angaben, sondern als rein subjektiver Kaufvorschlag gemacht wird, was bislang von den Verbraucherverbänden aber nicht praktiziert wurde (5).

III. Die Rechte der Unternehmer, die verletzt werden können.

1. Welches Rechtsgut das allgemeine Wettbewerbsrecht schützen will, ist sehr umstritten (6). Auf die Lösung dieser Streitfrage kommt es hier wegen der konkreten Gestaltung des Themas nicht an. In der Stoßrichtung der Warenvergleiche liegt nämlich der Ruf der Ware, die das Unternehmen herstellt und vertreibt, somit also ein Teil des good will (7). Stellt man sich auf den Boden der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, so findet der good will Schutz als Teil des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (8).

2. Die Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umschließt so mit ihrer Erstreckung auch den wirtschaftlichen Ruf, der in anderen Vorschriften noch spezielleren Schutz erfährt, so in §§ 14 UWG, 824, 823 II BGB in Verbindung mit §§ 185 ff StGB. Inhalt des wirtschaftlichen Rufes ist die Meinung anderer über die wirtschaftliche Leistung und Bedeutung eines Unternehmers. Weil er auf der freien Meinungsbildung beruht, ist er nicht fest

5) Ein Beispiel ist aber die Zusammenstellung in DM 25/62 über die Ergebnisse der bisherigen Tests.

6) vgl. hierzu Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 223 ff

7) vgl. insbesondere Becher NJW 51, 540, 541

8) so BGHZ 3, 270 ff; 8, 142 ff; vgl. unten 3. Abschnitt III 1; aA. Becher NJW 51 540, 542, der den good will als sonstiges Recht im Sinne von § 823 I BGB anerkannt wissen will; Hubmann ZHR 117, 41, 58 ff lehnt ein einheitliches Recht am Unternehmen ab und wertet den good will als Immaterialgüterrecht an der nach außen getretenen Unternehmerleistung. Hubmann erkennt allerdings wiederum den Schutz des Unternehmens in allen seinen Erscheinungsformen als sonstiges Recht im Sinne von § 823 I BGB an, aaO. S. 78, so daß die Streitfrage für die hier zu prüfende Zulässigkeit der Warenvergleiche unerheblich ist.

und unverändert zu umschreiben (9). Die Grenzen sind vielmehr immer in Bewegung, zahlreiche Beeinträchtigungen müssen geduldet werden, sei es, daß sie sich nicht unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, sei es, daß sie nicht den Tatbestand einer speziellen Schutzvorschrift erfüllen, sei es, daß dem Beeinträchtigten ein stärkeres Recht zur Seite steht.

In diesem dynamischen Feld ist die Zulässigkeit der Warenvergleiche zu prüfen.

IV. Problemstellung

Einem Schaden kann mit Gegenansprüchen, seien sie auf Unterlassung, Beseitigung oder Ersatz gerichtet, nur dann begegnet werden, wenn ein Haftungsgrund, ein haftbar machender Tatbestand vorliegt (10). Zugunsten der geschädigten oder gefährdeten Unternehmer kommen nun lediglich gesetzliche Anspruchsgrundlagen infrage, da Verträge zwischen ihnen und den Verbraucherverbänden nicht bestehen. Der Gang der weiteren Erörterung muß deshalb der sein, nachzuprüfen, aus welchen gesetzlichen Vorschriften die Unternehmer Gegenrechte herleiten können. Dabei bietet sich eine große Breite der rechtlichen Erfäßbarkeit des Tatbestands der Warenvergleiche.

2. ABSCHNITT: DIE IM WETTBEWERBSRECHT MÖGLICHEN ANSPRUCHS-GRUNDLAGEN

Die Warenvergleiche sind darauf gerichtet, den Markt zu beeinflussen. Deshalb liegt es am nächsten, im voraus zu untersuchen, ob den hinzugezogenen Unternehmern wettbewerbliche Anspruchsgrundlagen zu Hilfe kommen (11). Da das UWG Mitbewerber und Allgemeinheit gegen Wettbewerbsmißbrauch des einzelnen Wettbewerbers schützt (12), sind wettbewerbliche Tatbestände ja vornehmlich nach wettbewerbsrechtlichen Vorschriften zu untersuchen und nicht nach den individualbezogenen Vorschriften des BGB (13). Ansprüche aus dem UWG und solche aus dem BGB schließen sich auch nicht aus, sondern bestehen nebeneinander (14). Infrage kommen somit zunächst Ansprüche aus §§ 1, 3 und 14 UWG.

9) Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 3

10) Enneccerus-Lehmann § 14 IV; Plandt- Danckelmann Anm. 3 a vor § 249 BGB

11) Fikentscher, Wettbewerbsrecht ... S. 227

12) Baumbach-Hefermehl UWG Einl. Rdnr. 31

13) Baumbach-Hefermehl UWG Einl. Rdnr. 43

14) unstr., vgl. RGZ 74, 434, 435; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 97. Kap. Anm. 33-35 und 37; Baumbach-Hefermehl UWG Einl. Rdnr. 43

I. § 14 UWG

Da die Warenvergleiche niemals vertrauliche Mitteilungen darstellen, kann nur § 14 I UWG, nicht auch § 14 II in Betracht kommen.

1. Der objektive Tatbestand des § 14 UWG wäre dann erfüllt, wenn feststünde, daß die Verbraucherverbände durch die Warenvergleiche über die gewerblichen Leistungen der betroffenen hinzugezogenen Unternehmer nicht erweislich wahre Tatsachen behaupten oder verbreiten, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen.

a) Daß die Warenvergleiche Tatsachen enthalten, ist nicht zu bezweifeln, denn sie enthalten "Bestehendes, dem Beweis Zugängliches, das zu Erscheinung gelangt und in Wirklichkeit getreten ist" (15). Daran ändert es nichts, falls die Tatsachen schließlich in ein Werturteil einmünden. Das Werturteil vertritt dann nur die tatsächlichen Einzelbehauptungen. Die Zusammenfassung der Einzelbehauptungen zu einem Werturteil führt wegen des untrennbaren Zusammenhangs des Urteils mit seiner Grundlage zu dessen Nachprüfbarkeit. Der Warenvergleich steht deshalb als Ganzes einer Tatsachenbehauptung gleich (16).

Wenn Rinck (17) dagegen Äußerungen über Haltbarkeit, Lebensdauer, schwierige und leichte Handhabung und Wirksamkeit allgemein aus dem Kreis der Tatsachenbehauptungen herausnehmen will, so ist ihm demnach nicht zu folgen. Soweit solche Beurteilungen ersichtlich auf vollständig wiedergegebenen Prüfdaten beruhen (zum Beispiel bezüglich Material, Konstruktion, bei Wiedergabe von Laborversuchen), erstreckt sich auch hier die Nachprüfbarkeit auf die beurteilende Zusammenfassung.

b) Eine Behauptung liegt immer dann vor, wenn etwas als Ausdruck eigenen Wissens, auch wenn es nicht auf eigener Wahrnehmung beruht, kundgegeben wird, eine Verbreitung dann, wenn eine von anderen erhaltene Mitteilung als solche an Dritte weitergegeben wird (18), so daß die Verbraucherverbände behaupten, soweit sie die Testergebnisse als eigenes Wissen publizieren, verbreiten, soweit sie diese als das der Prüfinstitute ausgeben. Diese für die Anwendung des § 14 I UWG an sich unerhebliche Unterscheidung läßt sich nur im Einzelfall treffen.

15) RGSt 41, 193, 194; RGZ 101, 335, 338

16) Helle NJW 62, 1177, 1178 f

17) BB 60, 949, 952

18) RGSt 38, 368; Tetzner Anm. 16 zu § 14 UWG

c) Die Tatsachen werden auch gerade über Waren oder gewerbliche Leistungen genau bezeichneter Unternehmer ausgesagt (19). Daß sie geeignet sind, sich auf deren Erwerbstätigkeit nachteilig auszuwirken, ist - wenn man voraussetzt, daß ja gerade diejenigen gegen die Verbraucherverbände klagen werden, deren Waren ungünstig beurteilt worden sind - oben (20) bereits ausgeführt. Den diesbezüglichen Beweis müssen im Einzelfall aber die klagenden Unternehmer erbringen (21).

d) Wenn die Warenvergleiche Tatsachen enthalten, die nicht erweislich wahr sind - insoweit ist die Beweislast also den Verbraucherverbänden überbürdet (22) - dann erfüllen sie folglich den objektiven Tatbestand des § 14 I UWG. Ob die geäußerten Tatsachen erweislich wahr sind, ist wiederum Tatfrage. Allgemein läßt sich feststellen:

Bezüglich der Wahrheit ist eine Äußerung so auszulegen, wie sie von den Verkehrskreisen, an die sie sich richtet, verstanden wird (23), also von den Lesern des Warenvergleichs. Wahr ist sie folglich, wenn das, was sich den Verbrauchern bei natürlicher Auffassung darbietet, objektiv richtig ist. Dabei kommt es stets, aber auch nur, auf den wesentlichen Teil der Äußerung an (24). Objektiv nicht richtig ist eine Tatsachenbehauptung demnach auch dann, wenn sie durch Einseitigkeit oder Unvollständigkeit den tatsächlichen Sachverhalt entstellt. Von der Unwahrheit wird dann auch die Qualifizierung ergriffen, obwohl sie wesensgemäß Werturteil ist, denn sie beruht untrennbar und deutlich auf den behaupteten Einzeltatsachen und tritt nur als deren sinnenfällige, einprägsame Zusammenfassung auf. Sind die Tatsachen unwahr bzw. nicht erweislich wahr, so wird das Urteil seiner Grundlage entkleidet und genauso unrichtig (25). Das gleiche muß - wie Helle zuzugeben ist - gelten, wenn das Urteil aufgrund eines Denkfehlers oder eines Verstoßes gegen die Lebenserfahrung aus den Einzelbehauptungen hergeleitet ist (26).

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Frage, ob eine Behauptung wahr ist oder nicht, muß der Zeitpunkt der Veröffentlichung sein, denn in der Veröffentli-

19) Es würde schon ausreichen, daß die Adressaten wissen, wer gemeint ist;
RGZ 50, 107, 109

20) 1. Abschnitt II

21) Tetzner Anm. 20 zu 14 UWG

22) Tetzner Anm. 24 zu 14 UWG

23) Baumbach-Hefermehl § 14 UWG Rdnr. 17

24) RGRK Anm. 10 zu § 824 BGB

25) Helle NJW 62, 1177, 1178 f

26) Helle aaO.

chung liegt die Schädigungshandlung. Das ist von Bedeutung, wenn ein Unternehmen einen Fehler, der bei der Prüfung aufgedeckt wird, noch vor der Veröffentlichung des Warenvergleichs beseitigt (27).

2. § 14 UWG setzt weiter ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs voraus. Ob die Warenvergleiche der Verbraucherverbände eine Wettbewerbshandlung sind, muß näher untersucht werden. Ob Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche in Rede stehen, spielt dafür keine Rolle (28). Zu Zwecken des Wettbewerbs handelt, wer ein objektiv als Wettbewerbshandlung zu qualifizierendes Verhalten in der Absicht vornimmt, den Wettbewerb zu beeinflussen (29).

a) Die Warenvergleiche sind geeignet, den Absatz einzelner Unternehmer dadurch zu fördern, daß sie den anderer beeinträchtigen. Es besteht also eine Wechselwirkung zwischen den am Markt verursachten Vor- und Nachteilen. Die Warenvergleiche sind deshalb objektive Wettbewerbshandlungen (30). Um die Förderung eigenen Wettbewerbs muß es sich in § 14 I UWG ja nicht handeln (31). Ein Wettbewerbsverhältnis muß nicht zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger vorliegen (32). Die Entscheidung im Druckereifall (33), die hiergegen angeführt wird (34), verlangt zwar, daß die Parteien miteinander in Wettbewerb ständen, indem sie einander zur Deckung derselben wirtschaftlichen Bedürfnisse auf derselben wirtschaftlichen Stufe derart gegenüberträten, daß der beiderseitige Absatz voneinander abhängig wäre. Im Falle dieser Entscheidung war aber gerade der Beklagte selbst der Nutznießer seiner Behauptungen, so daß ein Wettbewerbsverhältnis nur zwischen den Parteien des Prozesses möglich war. Die Frage, ob auch der Eingriff in ein fremdes Wettbewerbsverhältnis zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgen kann, tauchte deshalb gar nicht auf. Der Fall leidet folglich keine Ausdehnung auf die Warenvergleiche der Verbraucherverbände.

Die Warenvergleiche treffen auf ein Wettbewerbsverhältnis, nämlich das der hinzugezogenen und eventuell auch der nicht hinzugezogenen Unternehmer unterein-

27) vgl. als Beispiel DM 1/62 S. 45 ff

28) BGH GRUR 51, 283, 284

29) BGHZ 3, 270, 277

30) RGZ 118, 133, 136; BGHZ 3, 270, 277; 14, 163, 171; 19, 299, 303; GRUR 51, 283, 284; BB 61, 990; Reimer aaO. 75. Kap. Anm. 4 und 97. Kap. Anm. 2; Fikentscher aaO. S. 31; Baumbach-Hefermehl UWG Einl. Rdnr. 132

31) RGZ 79, 321 f; BGHZ 14, 163, 171.

32) RG JW 1928, 2090

33) BGH DB 59, 1000

34) Rinck BB 60, 949, 950

ander. Unter diesen stehen sich Nutznießer und Geschädigte gegenüber. Eine objektive Wettbewerbshandlung kann dann durch einen Eingriff in diesen Kreis auch jeder Dritte vornehmen (35).

Unzutreffend ist aber auch das Argument Borcks, die Warenvergleiche vermöchten keine Wettbewerbshandlungen darzustellen, da sie dann zu Zwecken konkreten Wettbewerbes bestimmter oder bestimmbarer Mitbewerber veranstaltet sein müßten, was tatsächlich nicht der Fall sei (36). § 14 UWG wäre freilich ausgeschlossen, wenn nicht erkennbar wäre, über wessen Waren günstige bzw. ungünstige Tatsachen ausgesagt sind (37). Die Hersteller oder Vertreibenden der verglichenen Waren sind aber regelmäßig sogar namentlich genannt. Zumindest lassen sie sich von ihren genau bezeichneten Waren her leicht feststellen. Es kann daher auch ganz konkret festgestellt werden, wer unter ihnen einen Nachteil und wer einen Vorteil zu erwarten hat (38). Der weiteren Folgerung Rincks (39), es käme nicht darauf an, daß "ein konkretes Unternehmen gefördert oder zurückgesetzt werde", kann aber nicht gefolgt werden.

Das UWG schützt zwar nach heute wohl unbestrittener Auffassung nicht nur Individualinteressen, die einzelner Mitbewerber also, sondern auch die Allgemeinheit (40). Es geht ihm aber in erster Linie nicht um die Sauberkeit des Wettbewerbs an sich - der Staat hat ja auch, abgesehen von strafrechtlichen Verfolgungen, keine Eingriffsrecht -, sondern Schutz wird in der Regel nur den einzelnen Unternehmern gegenüber Eingriffen ihrer Konkurrenten gewährt. Das Verhältnis von sozialrechtlicher und individualrechtlicher Funktion ist auch bei den einzelnen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften verschieden. So setzt § 14 I UWG, der besonders stark auf die individualrechtliche Funktion des UWG abstellt, eben gerade voraus, daß die Tatsache "den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers" also einer bestimmten Person schädigen kann. Deshalb ist eine Wettbewerbshandlung nach § 14 I UWG immer erst dann angreifbar, wenn sie zumindest eine Gefährdung eines bestimmten Unternehmers herbeiführt.

Das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung wird weiter auch nicht damit ausge-

35) von Godin-Hoth Anm. 3 zu § 14 UWG; Baumbach-Hefermehl UWG Einl. Rdnr. 137

36) WRP 59, 344. In Heft 6 der Schriften der Verbraucherverbände hat Borck dieses Argument nicht wiederholt.

37) Tetzner Anm. 6 zu § 14 UWG; Reimer '97. Kap. Anm. 4

38) Rinck BB 60, 949, 950

39) aaO.

40) Ulmer GRUR 37, 769, 772 f; Fikentscher aaO. S. 159; Würdinger WuW 55, 69, 75; Baumbach-Hefermehl UWG Einl. Rdnr. 31; von Godin-Hoth UWG Einf. Vorb. 4

schlossen, wenn man sagt, daß der Warenvergleich dem Wettbewerbsprinzip die-
ne (41). Dies ist zwar tatsächlich der Fall. Die Warenvergleiche dienen ja der
Überschaubarkeit des Angebots und so der Sachlichkeit des Wettbewerbs. Der
Wettbewerb ist auch eine wesentliche Institution unserer Wirtschaftsverfassung (42)
und ein von der Rechtsordnung anerkanntes wirtschaftspolitisches Grundprinzip (43).
Die Wettbewerbsfreiheit hat ihre Grenzen aber an den Rechten anderer und der
verfassungsmäßigen Ordnung. Das UWG schützt gerade die Rechte anderer, hier
nämlich der betroffenen Unternehmer. Nach der Rechtsprechung des Bundesver-
fassungsgerichts gehört es auch zur "verfassungsmäßigen Ordnung" (44). Soweit
das UWG also Beschränkungen auferlegt, ist die Wettbewerbsfreiheit nicht gewähr-
leistet, ohne daß im Rahmen dieser Prüfung die volkswirtschaftliche Bedeutung
dieser Handlung von Erheblichkeit wäre (45).

Die Veröffentlichung von Warenvergleichen stellt sich folglich als objektive Wett-
bewerbshandlung dar.

b) Damit ist § 14 I UWG aber noch nicht genügt. "Zu Zwecken des Wettbe-
werbes" handelt nämlich nur, wer beabsichtigt, den eigenen oder fremden Wett-
bewerb zum Nachteil des angegriffenen Wettbewerbers zu fördern.

aa) Entgegen dieser herrschenden Ansicht (46) will allerdings Reimer (47)
auf die Absicht, zu Zwecken des Wettbewerbs zu handeln, dann verzichten, wenn
ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht ist. Für diesen Fall solle es genügen,
wenn die Handlung objektiv zu Wettbewerbszwecken geeignet sei. Reimer begrün-
det seine Ansicht damit, daß man anderenfalls den Kläger bezüglich der Beweis-
führung vor unlösbarer Aufgaben stellen würde (48).

41) so Borck WRP 1959, 945 und Rechtsgutachten S. 13, was Rinck aber wohl
falsch auffaßt, wenn er annimmt, Borck leite hieraus einen Rechtfertigungs-
grund ab. Dieser will wohl nur darlegen, daß die Absicht der Verbraucherver-
bände nicht auf Förderung eines konkreten Wettbewerbs, sondern allenfalls
des Wettbewerbs als solchen, als Institution, gerichtet sei.

42) Rinck aaO. S. 950

43) Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb S. 77

44) BVerfGE 6, 32, 37 f; aA. von Mangoldt-Klein Anm. IV 2 a; Maunz-Dürig
Art. 2 I GG Rdnr. 18

45) Rinck aaO. S. 950

46) BGHZ 3, 270, 277; 14, 163; GRUR 60, 384, 386; BB 61, 990; Baumbach-
Hefermehl UWG Einl. Rdnr. 131 und § 14 UWG Rdnr. 2; Tetzner § 14
Rdnr. 4

47) 97. Kap. Anm. 2

48) 75. Kap. Anm. 5

Dieser Ansicht steht einmal der Gesetzeswortlaut entgegen. Das Gesetz setzt für Unterlassungs- sowie Schadensersatzansprüche eben ein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbes" voraus, was man nicht anders verstehen kann, als den auf einen bestimmten Wettbewerbserfolg abzielenden Willen. Das stünde auch dem Argument entgegen, daß sonst im Recht die vorbeugende Unterlassungsklage vom Verschulden unabhängig ist. Der Gesetzgeber hat für den speziellen Fall der Wettbewerbshandlungen den Rechtsschutz des Verletzten erweitert. Entgegen § 824 BGB liegt die Beweislast bezüglich der Wahrheit ja beim Verletzer. Bei dieser Sachlage kann man nun nicht eine Erweiterung über den Gesetzeswortlaut hinaus aus dem allgemeinen Recht herleiten.

Gegen die Auffassung Reimers spricht aber auch, daß er für den Fall des Schadensersatzanspruches eine subjektive Wettbewerbsabsicht voraussetzen muß, damit er nicht - der Schadensersatzanspruch des § 14 I UWG ist ansonsten ja von einem Verschulden unabhängig - "zu einer Haftung des Verletzers aufgrund eines rein objektiven Tatbestandes" (49) kommt; er muß also denselben Begriff in derselben Vorschrift in zweierlei Weise auslegen. Das erscheint nicht richtig.

bb) Allerdings ist bei Äußerungen im geschäftlichen Verkehr, die objektiv geeignet sind, die Wettbewerbsfähigkeit eines Mitbewerbers zu beeinträchtigen, erfahrungsgemäß auf eine Wettbewerbsabsicht zu schließen (50). Sie wird aber derart nicht ersetzt, sondern nur eine Vermutung für ihr Vorliegen geschaffen (51). Von dem Erfordernis der subjektiven Wettbewerbshandlung kann folglich nicht abgesehen werden.

cc) Die Absicht, einen Wettbewerb zu fördern, braucht nicht die einzige Zielsetzung zu sein, sie muß nur vorhanden sein und darf nicht völlig nebensächlich hinter dem eigentlichen Beweggrund stehen (52). Diese weite Auffassung des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbes ist aber, wie Hefermehl (53) zu Recht ausführt, nur dann berechtigt, wenn es sich um Wettbewerber oder ihnen persönlich oder geschäftlich nahestehende Personen handelt.

Wo kein eigenes Interesse vorhanden ist, da indiziert nach allgemeiner Rechtsprechung doch ein nahestehendes Interesse des durch die Handlung Begünstigten die

49) Reimer 97. Kap. Anm. 2

50) BGHZ 3, 270, 277; GRUR 57, 94; Tetzner § 14 UWG Rdnr. 5

51) ebenso Borck Rechtsgutachten S. 11; Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 53

52) RGZ 149, 224, 227; JW 1926, 564 Nr. 8; BGHZ 3, 270, 278; OLG Hamburg NJW 59, 1784

53) GRUR 62, 611, 613

Wettbewerbsabsicht. So nahm der Bundesgerichtshof in den Consanze-Urteilen (54), denen der Fall zugrunde lag, daß eine kirchliche Stelle in der Öffentlichkeit die Zeitschrift Constanze kritisiert hatte und statt deren eine kirchliche Lesemappe fördern wollte, wegen dieses nahestehenden Interesses Wettbewerbsabsicht an. Beim Stern-Urteil (55) war darüber zu entscheiden, daß die Evangelische Kirche im Rheinland gegenüber Verbänden, Lesezirkeldirektionen und staatlichen Stellen die Zeitschrift Stern kritisiert hatte, ohne daß eine kirchliche Zeitschrift davon Nutzen ziehen sollte. Das OLG Hamburg verneinte für diese Sachlage die Wettbewerbsabsicht. Das OLG München legte in einem Fall, in dem eine Gemeinnützige Käufervereinigung, der es "letztlich um das Interesse der Käuferschichten zu tun ist", dieses Ziel dadurch erreichen wollte, daß sie für den Absatz der Firmen warb, welche mit ihr zusammenarbeiteten, dieses Handeln als zu Zwecken des Wettbewerbes geschehen aus (56).

Eine Wettbewerbsabsicht ist demnach zu verneinen, wenn nichtgewerbliche, uneigennützige Interessen ganz im Vordergrund stehen und die begünstigten Interessen dem Handelnden fernstehen (57).

dd) Das Reichsgericht hat allerdings in seiner Heizkissen-Entscheidung (58) ausgeführt, daß auch die nicht in Zweifel zu ziehende gemeinnützige Tätigkeit des beklagten Verbandes diesem nicht erlauben würde, in Kundgebungen an die Verbraucherschaft gewisse Erzeugnisse ohne zureichenden Anlaß herabzusetzen und damit die konkurrierenden Firmen zu unterstützen, und daß das Bewußtsein der damit notwendig verbundenen Förderung fremden Wettbewerbs genüge, um das Rundschreiben - zumindest auch - als Zwecken des Wettbewerbes dienend erscheinen zu lassen. Diese Entscheidung steht aber dem unter cc) Gesagten nicht entgegen. Man muß sie nämlich unter dem Gesichtspunkte werten, daß es sich dabei um eine Warnung vor Geräten ohne das Prüfzeichen handelte, das gerade der beklagte Verband verlieh. Die Begünstigten waren also gerade diejenigen, die das Prüfzeichen vom Beklagten bekommen hatten. Zum einen handelte es sich um die nicht bewiesene Verallgemeinerung, Heizkissen ohne Prüfzeichen seien schlechter, zum anderen - das muß hier wohl den wesentlichen Gesichtspunkt für die Bejahung der Wettbewerbsabsicht abgeben - übte der Verband gegenüber den Herstellern einen Zwang aus, ihre Geräte bei ihm prüfen zu lassen. Als Druckmit-

54) BGHZ 3, 270 ff; 14, 163 ff

55) OLG Hamburg NJW 59, 1784

56) OLG München GRUR 59, 612

57) RG JW 26, 564 Nr. 8; BGHZ 3, 270, 277; 14, 163, 171; Rinck BB 60, 949, 951

58) JW 1931, 465 f

tel sollte zu diesem Zweck die Gefahr wirtschaftlicher Nachteile durch Bevorzugung der geprüften Kissen dienen. Der Vorsprung, der diesen verschafft wurde, war somit auch beabsichtigt.

ee) Die Verbraucherverbände lassen sich bei der Veranstaltung der Warenvergleiche nicht durch ein eigenes gewerbliches Interesse leiten. Sie sind am Wettbewerb nicht selbst beteiligt. Ihnen geht es vielmehr uneigennützig um den Vorteil des Käufers. Daß sie in Wechselwirkung stehende Vor- und Nachteile von Unternehmern in Kauf nehmen, weil sich der Vorteil des Käufers anders nicht verwirklichen läßt, macht die Beeinträchtigung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den begünstigten und den benachteiligten Unternehmern nicht zum Zweck der Warenvergleichsveröffentlichung (59). Zwischen den Käufern und den benachteiligten Unternehmern fehlt es dagegen objektiv schon am Wettbewerbsverhältnis.

Ganz im Vordergrund steht der Wille, durch Marktaufhellung Warenkenntnis zu verschaffen und dem Verbraucher zu ökonomischen Käufen zu helfen. Die begünstigten Interessen, also die der beim Vergleich vorteilhaft abgeschnittenen Unternehmer, stehen den Verbraucherverbänden genauso fern wie die benachteiligten. Daran ändert auch der Verkauf einer größeren Zahl von Exemplaren der Verbraucher Rundschau an den Begünstigten nichts (60), denn dies geschieht erst nach Abschluß des Warenvergleichs und ist auch nicht entfernt Zweck der Vergleichsveranstaltung.

Richtig ist, wenn Borck (61) argumentiert, daß die Förderung des Wettbewerbes der tatsächlich begünstigten Unternehmer ihren Ausgangspunkt darin hätte, zu veröffentlichen, was diesen nützlich sei, während die Querschnittstests umgekehrt von der Wahrheit des zu Veröfentlichenden ausgingen und eine Förderung dann "gleichsam zufällig" sei. Daß der Verbraucher angeregt wird, eine beim Test gut weggekommene Ware zu kaufen, geschieht eben nicht, um deren Hersteller oder Händler zu unterstützen, sondern allein deshalb, weil der Verbraucher damit einen

59) so auch LG Düsseldorf, BB 62, 317, in einem Rechtsstreit, der den Anzugtest der DM (Heft 2/62) betraf, für die insoweit gleichliegende Problematik bei Tests der DM, und OLG Stuttgart, BB 61, 460, bezüglich einer Kritik der Verbraucherverbände an Leuchtskalenwaagen einer bestimmten Firma, wobei die Problematik insoweit dieselbe wie bei Warenvergleichen ist, als auch damit objektiv und aus demselben Motiv heraus in ein bestehendes Wettbewerbsverhältnis eingegriffen wurde. Ebenso Borck, Gutachten S. 12 f; Rinck BB 60, 949, 951; grundsätzlich auch Hefermehl GRUR 62, 611, 613

60) a. A. Helle NJW 62, 1177, 1180; Hefermehl GRUR 62, 611, 615

61) Rechtsgutachten S. 12 f

Vorteil hat. Auch der Verkauf von Exemplaren der Verbraucher Rundschau geschieht so an den zufälligerweise Begünstigten.

Die objektiv festgestellte Wettbewerbshandlung entpuppt sich so gesehen als unbeabsichtigte Begleitwirkung.

3. Da also den Verbraucherverbänden bei der Durchführung und Veröffentlichung von Warenvergleichen die Wettbewerbsabsicht fehlt, sind Ansprüche hiergegen wegen Anschwärzung gemäß § 14 UWG ausgeschlossen.

II. § 3 UWG

Auf § 3 UWG, der eine Wettbewerbsabsicht nicht erfordert, könnten die Unternehmer Unterlassungsansprüche gegen die Verbraucherverbände stützen. Bei deren Kenntnis oder Kennenmüssen der Unrichtigkeit der Angaben hätten sie darüber hinaus gemäß § 13 II UWG Schadensersatzansprüche.

1. In Betracht kommen hier folgende Tatbestandsmerkmale des § 3:

"Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, über ... die Beschaffenheit, die Herstellungsart oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen ... unrichtige Angaben macht, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, kann auf Unterlassung der unrichtigen Angaben in Anspruch genommen werden".

a) Ob die Warenvergleiche öffentliche Bekanntmachungen oder Mitteilungen für einen größeren Kreis von Personen sind, läßt sich allgemein nicht entscheiden. Ist aber nach den Erfordernissen des § 3 UWG auch von keiner Bedeutung, denn das zweite Merkmal erfüllen sie sicher. Es muß sich zwar auch hierfür um einen unbestimmten, nicht geschlossenen Personenkreis handeln (62), was dann zweifelhaft sein könnte, wenn die Warenvergleiche nur in der Verbraucher Rundschau publiziert werden, die ja nur an Abonnenten versandt und nicht im Zeitschriftenhandel vertrieben wird. Bei der Größe und Uneinheitlichkeit des Personenkreises, den die Verbraucher Rundschau anspricht, kann man aber jedenfalls nicht mehr von einem geschlossenen Kreis reden, da hier bereits mit der Weiterverbreitung an Außenstehende sicher zu rechnen ist (63). Auch als öffentliche Bekanntmachungen können die Warenvergleiche verbreitet werden. Das sind sie, wenn sie sich

62) Reimer 86. Kap. Anm. 2; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 2 zu § 3 UWG; von Godin-Hoth Anm. 3 b zu § 3 UWG

63) BGH GRUR 51, 314; 316; OLG München GRUR 55, 48, 49

an einen grundsätzlich unbegrenzten Personenkreis wenden (64), also jedenfalls, wenn die Warenvergleiche an die Presse weitergegeben werden.

b) Angaben des § 3 UWG sind in erster Linie Äußerungen tatsächlicher Art, denn die Worte "tatsächlicher Art" im UWG von 1896 wurden von der Reichstagskommission lediglich als überflüssig gestrichen (65). Begrifflich können Äußerungen immer dann unrichtig sein, wenn sie objektiv nachprüfbar sind, denn nur insoweit gibt es allgemein gültige Regeln. Objektiv nachprüfbar können aber auch Werturteile sein, wenn und soweit sie auf Tatsachen beruhen. Es ist nicht einzusehen, weshalb sie aus dem Bereich des § 3 UWG herausfallen sollten, zumal eine scharfe Trennung zwischen Tatsachen und Werturteilen nicht möglich ist (66). Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 3 UWG ist deshalb allein die objektive Nachprüfbarkeit der Äußerung (67), das Zugrundeliegen eines dem Beweis zugänglichen Geschehnisses (68).

Nach dem derzeitigen Aufbau der Warenvergleiche können demnach in der Regel alle darin enthaltenen Äußerungen unter § 3 UWG fallen, denn auch Werturteile, die zum Beispiel über einzelne Gebrauchseigenschaften abgegeben werden, beruhen doch auf ermittelten und ausdrücklich angegebenen Daten, nachprüfbaren Tatsachen also, so daß die Werturteile zusammen mit ihrer Grundlage ebenfalls nachprüfbar sind (69).

c) Die Rechtsfolgen des § 3 UWG lösen nur unrichtige Angaben aus. Dieses Tatbestandsmerkmal kann selbstverständlich nicht allgemein festgestellt werden. Es kommt hier stets auf den Einzelfall an.

Unrichtig können die Warenvergleiche dann sein, wenn sie einen sachlich falschen Tatbestand behaupten oder aus einem richtigen Tatbestand falsche Schlüsse ziehen. Immer genügt schon die Eignung, bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums Irrtümer dahingehend hervorzurufen, es handle sich um ein besonders günstiges Angebot (70), ohne daß ein Irrtum bereits eingetreten sein müßte.

64) Reimer 86. Kap. Anm. 2; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 1 zu § 3 UWG; Tetzner Rdnr. 7 zu § 3 UWG; von Godin-Hoth Anm. 3 a zu § 3 UWG

65) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 6 zu § 3 UWG

66) BGHZ 3, 270, 273

67) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 6 zu § 3 UWG; Tetzner Rdnr. 36 zu § 3 UWG; von Godin-Hoth Anm. 4 a zu § 3 UWG

68) BGHZ 3, 270, 273 für "Tatsachen" im Sinne von §§ 14 UWG, 824 BGB, 186 f StGB

69) vgl. dazu oben I 1 a und d

70) Beim Schadensersatzanspruch gilt dieser Grundsatz nicht, da dann immer ein Schaden eingetreten sein muß, was einen Irrtum voraussetzt.

Die Wertung, ob eine Angabe richtig oder unrichtig ist, ist immer nach der Verkaufsauffassung, also der Auffassung desjenigen Teils des Publikums festzustellen, an den sich die Angabe wendet (71). Die Beweislast bezüglich der Unrichtigkeit der Angabe trägt der Kläger (72).

d) Dem § 3 UWG genügen aber nicht unrichtige Angaben schlechthin; nur wenn sie über bestimmte Sachgebiete erfolgen, von denen im Zusammenhang mit den Warenvergleichen nach deren Inhalt die Beschaffenheit, die Preisbemessung und eventuell die Herstellungsart infrage kommen, vermögen sie die Sanktionen des § 3 UWG auszulösen. Auch das ist wieder Frage des Einzelfalles.

2. Da der Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG von einem Verschulden unabhängig ist (73), könnte man demnach meinen, daß er den hinzugezogenen Unternehmern zur Seite stünde (74). Fraglich muß aber doch sein, ob die Verbraucherverbände durch die Warenvergleiche den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorrufen, obwohl sie doch gar nicht Anbieter sind, obwohl sie daher kein Angebot unterbreiten, sondern diejenigen verschiedener Konkurrenten sachlich vergleichen.

a) Tatsächlich wird freilich in der Regel bei einer oder mehreren der verglichenen Waren der Anschein eines besonders günstigen Angebots entstehen, denn es werden über gut besprochene Waren in den Käufer wesentlich interessierenden Fragen günstige Angaben gemacht, die unrichtig sein können. Es mutet aber trotzdem gewaltsam an, hierauf den § 3 UWG anzuwenden.

b) Im eigenen Namen braucht der Täter das Angebot nicht zu machen, er braucht am Erfolg des Angebots auch kein eigenes wirtschaftliches Interesse zu haben, wenn er nur ein fremdes Angebot selbst in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen unterstützt (75). Deshalb reicht Rincks (76) Begründung, die Verbraucherverbände könnten den § 3 nicht verwirklichen, weil sie kein Angebot machen, nicht aus.

c) Nicht mehr vereinbar mit dem Zweck des § 3 UWG - nämlich: unwahre, trügerische Reklame zu unterbinden (77) - scheint es aber, ein Verhalten hierunter

71) Reimer 86. Kap. Anm. 4

72) von Godin-Hoth Anm. 25 zu § 3 UWG

73) Reimer 86. Kap. Anm. 10

74) so Rinck BB 60, 949, 951

75) von Godin-Hoth Anm. 2 zu § 3 UWG

76) BB 61, 613

77) Tetzner Rdnr. 1 zu § 3 UWG; von Godin-Hoth Anm. 1 zu § 3 UWG

fallen zu lassen, das seinen Standort gar nicht auf der Anbieter-, sondern entgegengesetzt gerade auf der Verbraucherseite hat. So wie nicht zu Zwecken des Wettbewerbes gehandelt wird, so fehlt auch der Wille, ein fremdes Angebot zu unterstützen. Daß das Gesetz diesen Willen voraussetzt, geht daraus hervor, daß unrichtige Angaben erfaßt werden, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken geeignet sind. Dabei ist der Gesetzgeber ohne Zweifel davon ausgegangen, daß nur der Wettbewerber oder einer, der dessen Wettbewerb unterstützen will, solche Angaben machen wird. Die Auslegung des § 3 UWG darf deshalb nicht auf den wörtlichen Sinn beschränkt werden. Sie muß vielmehr den Zusammenhang des § 3 mit dem gesamten UWG beachten. Danach ist aber eine auf Werben gerichtete Absicht zu verlangen (78).

Die Publikation von Warenvergleichen kann demzufolge nicht den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken (79). Sie kann folglich den Tatbestand des § 3 UWG nicht erfüllen, so daß Ansprüche hieraus den hinzugezogenen Unternehmern nicht zustehen können.

d) Zwar sagen von Godin-Hoth (80), daß § 3 UWG auch verletze, wer nicht eigene oder fremde Wettbewerbszwecke verfolgt, ja daß der Täter nicht einmal im geschäftlichen Verkehr zu handeln brauche. Die beiden beispielsweise angeführten Motive (81) zeigen aber, daß es sich auch nach Auffassung von von Godin-Hoth um ein Anbieten handeln muß. Denn mit diesen Erläuterungsbeispielen verlangen sie ja auch eine Absicht, durch die veröffentlichten Angaben einen Anbieter zu begünstigen oder zu schädigen. Es wird dann eben ein Angebot unterstützt, auch wenn dies darum geschieht, einem anderen zu schaden.

Bei den Warenvergleichen ist dies aber anders. Ihr Wesen ist nicht die Unterstüt-

78) Auch Hefermehl (GRUR 62, 611, 618) will unter § 3 UWG nur den Fall subsumieren, daß Warentests Waren bestimmter Unternehmer zu Unrecht günstiger als die anderer beurteilt haben. Damit erreicht Hefermehl aber entgegen seiner Ansicht meines Erachtens keine Beschränkung, da sein Merkmal "zu Unrecht" schon durch das Erfordernis der unrichtigen Angabe im Sinne von § 3 UWG ausgefüllt wird.

79) so - allerdings nicht für einen Warenvergleich, sondern für die Kritik der AGV an Leuchtskalenwaagen einer einzigen Firma - OLG Stuttgart BB 61, 460. Dabei konnte es sich durchaus um eine für die Herstellerin gegenüber ihren Abnehmern günstige Angabe handeln, weil die Kritik nicht vom Standpunkt der Waagenkäufer, sondern von dem der Kunden dieser her erfolgte.

80) Anm. 2 zu § 3 UWG

81) aaO.: "wenn er nur aus Mutwillen oder Rachsucht handelt"

zung eines Angebots, sondern die Prüfung und eventuell die Bewertung verschiedener Angebote.

III. § 1 UWG

Nachdem die Tatbestände der §§ 14 und 3 UWG nicht eingreifen, bleibt innerhalb des Wettbewerbsrechts nur noch der Rückgriff auf die Generalklausel des § 1 UWG übrig.

1. Durch im allgemeinen bürgerlichen Recht begründete Ansprüche werden solche aus § 1 UWG nicht ausgeschlossen. Es liegt vielmehr - die Tatbestände decken sich in der Regel ja nicht - grundsätzlich Anspruchskonkurrenz vor (82). Den Unternehmern stehen folglich gegen die Verbraucherverbände Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus § 1 UWG zu, wenn die Verbraucherverbände durch Warenvergleiche "im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornehmen, die gegen die guten Sitten verstoßen".

2. § 1 UWG verlangt also wie § 14 UWG auch ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbes. Es muß deshalb wiederum eine Wettbewerbshandlung vorliegen. Deren Begriff ist hier kein anderer als bei § 14. Wie bereits dargelegt stellen die Warenvergleiche der Verbraucherverbände sich aber nur objektiv und nicht auch subjektiv als Wettbewerbshandlung dar.

3. Hieraus folgt, daß den hinzugezogenen Unternehmern auch aus § 1 UWG keine Ansprüche erwachsen. Da weitere wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlagen nicht ersichtlich sind, vermögen die Unternehmer aus dem Wettbewerbsrecht insgesamt keine Gegenrechte herzuleiten.

3. ABSCHNITT: ANSPRÜCHE AUS DEM ALLGEMEINEN BÜRGERLICHEN RECHT

Anspruchsgrundlagen können demnach nur noch im allgemeinen bürgerlichen Recht gesucht werden, denn dort ist keine Wettbewerbshandlung vorausgesetzt. In diesem Gebiet werden grundsätzlich nur Individualinteressen geschützt, nicht also - wie im UWG - das Interesse der Allgemeinheit. Gleichwohl kann dieses heute auch im allgemeinen bürgerlichen Recht nicht mehr unbeachtlich sein (83).

82) Fikentscher, Wettbewerb ... S. 277; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 1 zu § 1 UWG; von Godin-Hoth Anm. 2 zu § 1 UWG

83) BVerfGE 7, 198, 205

Als gesetzliche Grundlagen für Ansprüche der Unternehmer kommen im BGB die §§ 823, 824, 826 in Zusammenhang mit § 1004 infrage. Diese sollen im folgenden daraufhin untersucht werden, ob sie Gegenrechte hinzugezogener Unternehmer gegen die Warenvergleiche der Verbraucherverbände stützen.

I. § 824 BGB

Als speziellste dieser Grundlagen ist zunächst § 824 BGB zu prüfen, wenn auch im Falle seines Eingreifens die allgemeinen Deliktsbestimmungen nicht ausgeschlossen sind (84), da § 824 diesen gegenüber nicht als *lex specialis* anzusehen ist.

1. Der objektive Tatbestand des § 824 BGB:

a) Die Warenvergleiche der Verbraucherverbände erfüllen den Tatbestand des § 824 BGB insoweit unproblematisch, als sie Tatsachenbehauptungen bzw. -verbreitungen enthalten oder sogar ganz überwiegend darstellen (85), die unwahr sein können, so daß das Merkmal "der Wahrheit zuwider" für die hier interessierenden und möglicherweise erfaßbaren Fälle als Möglichkeit unterstellt werden kann und muß (86). Eine Verächtlichmachung oder Herabwürdigung braucht dabei nicht vorzuliegen.

b) Schwierigkeiten mehr tatsächlicher als rechtlicher Art bereitet daneben die Feststellung, wann die Warenvergleiche geeignet sind, den Kredit der Unternehmer zu gefährden oder sonstige Nachteile für deren Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen. § 824 schützt die wirtschaftliche Wertschätzung der Betroffenen, den wirtschaftlichen Ruf. Deshalb verlangt § 824 immer die Gefahr der Schädigung wirtschaftlicher Art (87). Gerade wirtschaftliche Schäden drohen aber den Unternehmern, die in den Warenvergleichen aufgrund unwahrer Äußerungen ungünstig abgeschnitten haben, denn deren Waren werden die Leser im allgemeinen meiden. Für diese Unternehmer bedeuten die Warenvergleiche eine Gefährdung ihres Marktanteils. Sie sind dazu angetan, den Absatz zu beeinträchtigen.

84) RGRK Anm. 1 zu § 824 BGB; Erman-Drees Anm. 1 zu § 824 BGB

85) vgl. oben 1. Teil 1. Abschnitt III und 2. Teil 2. Abschnitt I 1

86) zu der Frage, wann Tatsachenäußerungen in den Warenvergleichen wahr sind, vgl. oben 2. Abschnitt I 1 d

87) RG JW 1933, 1254; Seuff. Arch. 87 Nr. 25; DR 1939, 438, 439; RGRK Anm. 1 zu § 824 BGB; Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 50

c) Angetastet wird damit - was das Ergebnis aber nicht berührt - weniger der Kredit dieser Unternehmer, wenn man ihn als das allgemeine Vertrauen in deren Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit versteht (88), dagegen aber ohne Zweifel deren errungene wirtschaftliche Stellung, der Erwerb also (89), und die darüber hinausgehenden wirtschaftlichen Zukunftsaussichten, folglich das Fortkommen (90).

d) Umstritten ist allerdings, ob Kredit, Erwerb und Fortkommen als Ganzes gefährdet sein müssen, oder ob auch schon eine Beeinträchtigung oder Erschwerung des Absatzes eines Artikels für § 824 ausreicht (91).

aa) Im Hinblick auf die Warenvergleiche ist diese Frage wesentlich, da in ihnen ja in der Regel von jedem Unternehmer nur eine Ware untersucht wird. Häufig wird es sich allerdings - etwa im Falle eines Fernsehgerätes der Firma Grundig (92) oder eines Kühlschranks von Linde (93) oder eines Waschmittels der Henkel & Cie GmbH (94) - um ein Produkt handeln, das einen Hauptanteil an der wirtschaftlichen Stellung des Herstellers ausmacht, so daß die Erschwerung des Absatzes dieser Ware für die betroffenen Unternehmer eine Beeinträchtigung des Erwerbes und des Fortkommens als Ganzen ohne weiteres begründet. Anders erscheint die Wirkung aber, wenn ein Bügeleisen von Neckermann oder Quelle (95) oder auch ein Kühlschrank von Siemens (96) getestet wird, Produkte also, die am Gesamtumsatz der sie auf den Markt bringenden Firmen keinen so wesentlichen Anteil haben (97).

bb) Der Wortlaut des § 824 spricht meines Erachtens gegen die Ansicht des Reichsgerichts, denn Nachteile für den Erwerb oder für das Fortkommen treten eben schon dann ein, wenn der Absatz auch nur einer Ware beeinträchtigt worden ist. Eine bestimmte Größe des Nachteils verlangt das Gesetz nicht. Das Reichsgericht nahm wohl eine Entsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor und stellte ähnliche Anforderungen wie es das dort tat.

88) RG Seuff. Arch. 87 Nr. 25

89) RG aaO.

90) RG aaO.

91) für ersteres RG JW 1930, 1732, 1733; für letzteres Helle aaO. S. 50

92) VR 10/61

93) VR 7/61

94) VR 6/61

95) Einkaufswegweiser Nr. 3 und VR 12/61

96) VR 7/61

97) ähnlich wohl auch der Fall, der JW 1930, 1732 zugrundelag

§ 824 BGB schützt nicht nur die wirtschaftliche Existenz des Betroffenen als solche, sondern dessen gesamte wirtschaftliche Belange. Es würde der Billigkeit kaum entsprechen, bei einem kleineren, nicht die wirtschaftliche Existenz als Ganzes gefährdenden Nachteil, der durch eine unwahre Tatsachenbehauptung entstanden ist, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche zu verwehren.

cc) Entscheidendes Gewicht ist aber wohl der Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (98) beizumessen, denn hier zeichnet sich die Tendenz ab, den Schutz vom Ganzen auf die Ausstrahlungen auszudehnen. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Tendenz in einem so verwandten Gebiet außer acht zu lassen.

2. Die Rechtswidrigkeit.

a) Die Erfüllung des Tatbestands des § 824 BGB indiziert die Rechtswidrigkeit, da die Tatbestände der unerlaubten Handlung genormte Unrechtstatbestände sind (99). Die Widerrechtlichkeit ist aber dann ausgeschlossen, wenn für die Warenvergleiche der Verbraucherverbände ein besonderer Rechtfertigungsgrund besteht. Insoweit kommt für § 824 insbesondere die Wahrnehmung berechtigter Interessen infrage, wie sie in Absatz 2 angesprochen ist.

b) Die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

aa) Das gilt zunächst für das Strafrecht, wo sie in § 193 StGB berücksichtigt ist (100). Auch im Zivilrecht ist aber der in § 193 StGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke maßgeblich (101).

98) vgl. unten III 1

99) Esser S. 840; Helle NJW 62, 1177, 1179

100) Schwarz-Dreher Anm. 1 zu § 193 StGB

101) so RGZ 95, 339, 342 f; BGHZ 3, 270, 280 f; 8, 142, 145; 24, 200, 206; LM Nr. 2 zu § 823 BGB (Bd); NJW 59, 479, 481; KG NJW 56, 26, 27; Enneccerus-Nipperdey § 212 II 5; Nipperdey DVBl. 58, 445, 450; Neumann-Duesberg NJW 57, 1276 f, Anm.; nur für den Bereich ehrenkränkender Äußerungen zustimmend Baumbach-Hefermehl Alig. Rdnr. 88; abweichend die herrschende Meinung des Strafrechts, die die Geltung des § 193 StGB auf die Tatbestände der §§ 185 ff StGB beschränken will, vgl. Schönke-Schröder Anm. II 3 zu § 193 StGB; Schwarz-Dreher Anm. 2 B zu § 193 StGB

bb) Dem Wesen des Rechtfertigungsgrundes entspricht es, daß er für das gesamte Recht einheitlich gelten muß. Eine Handlung, die von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist, ist insgesamt des Unerlaubten entkleidet, nicht nur in bezug auf eine Anspruchsgrundlage. Steht also dem Täter ein Rechtfertigungsgrund zur Seite, so kann für ihn nicht entscheidend sein, unter welche Vorschrift das Gericht seine Handlung subsumiert.

cc) Von hier aus ist die Regelung des § 824 II zu verstehen. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen betrifft auch hier zunächst die Rechtswidrigkeit (102), denn eine rechtmäßige Handlung ist der Prüfung nach der Schuldseite nicht mehr zugänglich. Die Rechtfertigung ist aber von dem Umfang, den § 824 II gibt, unabhängig. Helle (103) irrt deshalb, wenn er bezüglich der Rechtfertigung wegen § 824 II einen Unterschied zwischen §§ 823 I und 824 als Anspruchsgrundlagen macht, da es bei § 823 I im Gegensatz zu § 824 nicht auf die Gutgläubigkeit ankäme. Zwar ist Helle zuzugeben, daß deliktische Ansprüche aus § 824 eben erst bei Kenntnis der Unwahrheit entstehen können. Das liegt aber daran, daß § 824 II BGB zum Verschulden diese Kenntnis verlangt. Soweit Handlungen aber sowohl unter § 824 als auch unter § 823 I fallen, sind sie im Falle der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt und dazu gehört - wie noch zu zeigen ist - auch die Gutgläubigkeit bezüglich der Unwahrheit. Nur weil der Tatbestand des § 823 I weiter ist als der des § 824 und auch wahre Tatsachen und reine Werturteile erfaßt, scheidet bei ihm teilweise eine Gutgläubigkeit schon begrifflich aus. § 824 II BGB verleitet nur deshalb zu einer Verquickung von Rechtswidrigkeit und Verschulden, weil auch die Wahrnehmung berechtigter Interessen auf subjektive Elemente abstellt und es so unter beiden Gesichtspunkten auf die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit ankommt (104). Besteht an einer Äußerung ein berechtigtes

102) vgl. RGRK Anm. 14 zu § 824 BGB; Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 37; a. A. Esser S. 857, der seine Ansicht aber offensichtlich daraus ableitet, daß auch im Falle des § 824 II Unterlassungsansprüche gegeben sind. Das beruht aber darauf, daß mit dem Nachweis der Unwahrheit, den die Unterlassungsklage voraussetzt, der drohenden Handlung der Rechtfertigungsgrund entzogen wird.

103) NJW 62, 1177, 1180

104) § 14 II UWG, der ebenfalls auf ein berechtigtes Interesse des Mitteilenden oder des Empfängers an der Mitteilung abstellt, ist hier klarer gefaßt. Er verlangt für den Unterlassungsanspruch die Wahrheitswidrigkeit (Satz 1) und fordert für den Schadensersatzanspruch hinzutretende Kenntnis oder Kennenmüssen des Mitteilenden von der Unrichtigkeit der Tatsachen (Satz 2). Besser gefaßt war auch der Abs. 2 des § 824 nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes

Interesse, so darf sie - unabhängig von ihrer Wahrheit - grundsätzlich so lange gemacht werden, bis dem Täter die Unwahrheit bekannt ist. Nur bei vorsätzlich unwahrer Behauptung oder Verbreitung sind Rechtswidrigkeit und Verschulden dann zugleich gegeben.

dd) Auch im Falle des § 824 muß die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach den gleichen Grundsätzen erfolgen wie sonst. Auch hier muß also ein berechtigtes Interesse wegen des Widerstreits mit den gefährdeten Interessen in zulässiger Form wahrgenommen werden (105). § 824 II erlaubt daher bezüglich der Rechtfertigung keine Sonderbehandlung.

c) Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen.

aa) Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist ein Fall des immer bei Interessenkollisionen geltenden Grundsatzes der Güter- und Pflichtenabwägung (106). Berechtigt, also rechtlich gebilligt (107), ist ein Interesse an einer Äußerung immer dann, wenn er das Interesse des Betroffenen an der Nichtbeeinträchtigung seiner Stellung überwiegt (108). Dabei ist der Begriff des berechtigten Interesses weit zu fassen (109), wenn nur die Erwägung des Täters bei verständiger, billiger Beurteilung der Sachlage vertretbar ist (110). Eine erschöpfende Regelung, welche Interessen berechtigt sind, gibt das Gesetz nicht. Sie können aber jedenfalls auf allen Gebieten liegen.

bb) In diesem Rahmen ist aber eine altruistische, der Meinungsbildung die-

Fortsetzung der Fußnote 104 von Seite 50:

(vgl. Weitnauer DB 63, 55, 56 Fußnote 10), der die Schadensersatzpflicht für Mitteilungen ausschloß, die der angemessenen Wahrnehmung eines berechtigten Interesses dienen, und bei Kenntnis der Unwahrheit dem Mitteilenden die Berufung auf die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses versagte.

- 105) Dieser Ansicht ist wohl auch Hefermehl GRUR 62, 611, 618, der sagt, daß der Irrtum über die Richtigkeit der Angaben im Falle des § 824 II die Haftung nicht ausschließen könne, wenn der Täter bei der Prüfung nicht sorgfältig vorgegangen sei; ebenso BGH DB 58, 276
- 106) RGSt 61, 242, 254; BGHZ 3, 270, 280; Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 39
- 107) Enneccerus-Nipperdey § 212 II 5
- 108) RGRK Anm. 15 zu § 824 BGB
- 109) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 28 zu § 14 UWG
- 110) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 29 zu § 14 UWG

nende Äußerung in weiterem Umfang gerechtfertigt als eine, die auf eigennützigen, wirtschaftlichen Motiven beruht (111). Der Bundesgerichtshof sieht gerade im Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB eine besondere Ausprägung des im Art. 5 GG normierten Grundrechts der freien Meinungsäußerung (112).

cc) Ein berechtigtes Interesse kann als eigenes oder fremdes gegeben sein (113). Die Wahrnehmung eines fremden Interesses rechtfertigt eine Mitteilung aber nur dann, wenn der Mitteilende hierzu berechtigt ist (114). Allgemeine, jeden Staatsbürger angehende Interessen kann der Täter nur wahrnehmen, wenn sie ihn nahe gehen (115). Dies ist für die Fachpresse längst anerkannt (116). Auch für die Tagespresse ist es aber im demokratischen Staat zu bejahen. Die Presse ist deshalb allgemein befugt, öffentliche Interessen wahrzunehmen (117) und das gilt auch im wirtschaftlichen Bereich (118).

dd) Gerechtfertigt kann der Eingriff in den wirtschaftlichen Ruf des Verletzten immer nur sein, wenn der Handelnde subjektiv zur Wahrnehmung der berechtigten Interessen gehandelt hat (119).

ee) Nicht unstreitig ist, ob das berechnigte Interesse objektiv vorliegen muß (120). Diese Frage kann aber dahingestellt bleiben, da sich, wie noch auszuführen sein wird, allgemein feststellen läßt, daß die Verbraucherverbände in Ausübung eines berechtigten Interesses handeln, da es hierfür nicht auf die Richtigkeit der Äußerung ankommt. Das berechnigte Interesse liegt deshalb stets objektiv vor.

111) BVerfGE 7, 198, 212; BGHZ 3, 270, 281

112) BGHSt 12, 287, 293 mit Billigung durch BVerfG NJW 61, 819, 821

113) RGZ 115, 74, 80; Enneccerus-Lehmann § 237 I 4; RGRK Anm. 17 b zu § 824 BGB; Baumbach-Hefermehl Allg. Rdnr. 89;

114) st. Rspr., vgl. RGSt 63, 229, 231; RGZ 115, 74, 80; BGHZ 3, 270, 282; ebenso die h. L., vgl. RGRK Anm. 18 zu § 824 BGB; Baumbach-Hefermehl Allg. Rdnr. 89; Helle aaO. S. 37

115) RGSt 62, 83, 93; 63, 229, 231; BGHZ 8, 142, 145

116) RGZ 83, 362, 364; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 31 zu § 14 UWG

117) BVerfG NJW 61, 819, 821; BGHZ 31, 308, 312

118) BGHZ 36, 77, 80 ff

119) OLG Hamburg JW 32, 3778; Baumbach-Hefermehl Allg. Rdnr. 89; Helle aaO. S. 37

120) dafür RGZ 85, 440, 442 ff; Enneccerus-Lehmann § 237 I 5; Erman Anm. 6 b zu § 824 BGB; Palandt-Gramm 6a zu § 824 BGB; dagegen: Helle aaO. S. 52

ff) Die Interessenwahrnehmung muß sich weiter in gewissen Grenzen halten, die sich ebenfalls aus dem zugrundeliegenden Interessenkonflikt ergeben, denn widerrechtlich ist die Verletzung eines fremden Rechtskreises auch dann, wenn zwar eine Eingriffsbefugnis gegeben ist, deren Grenzen aber überschritten sind (121). Sind die Verbraucherverbände also in der Kritik einer Ware zu weit gegangen, so trifft die Folge der Rechtswidrigkeit nicht nur den überschießenden Teil, sondern die ganze Veröffentlichung hinsichtlich dieser Ware, denn insoweit ist die Kritik eine einheitliche Handlung. Die einzelnen Angaben werden ja von dem Willen zusammengehalten, dem Verbraucher ein Bild von dem betreffenden Angebot zu geben (122). Dementsprechend ging auch das OLG Stuttgart (123) nur von einer Eingriffshandlung aus, obwohl die Verbraucherverbände an den Leuchtskalenwaagen mehrere einzelne Eigenschaften kritisiert hatten. Alle Einzelaussagen zielen eben darauf ab, insgesamt ein Bild von der Ware zu geben. Der gesamte Warenvergleich erleidet allerdings nicht dasselbe Schicksal, da er sich in bezug auf die Unternehmer nicht als einheitliche Handlung darstellt, vielmehr in betreff jedes einzelnen ein getrennter Eingriff ist.

Der Eingriff muß nun, will er gerechtfertigt sein, nach Inhalt, Form und Begleitumständen das gebotene und notwendige, also angemessene Mittel zur Wahrung der berechtigten Interessen sein (124).

A) Mit Helle (125) ist die Auffassung Nipperdeys (126), statt des "schonendsten" sei das "wirksamste" Mittel zulässig, abzulehnen, denn es sind einmal nur wirksame Mittel zur Interessenwahrnehmung geeignet, wo aber mehrere ausreichend sind, ist das zu gebrauchen, welches den Betroffenen am geringsten beeinträchtigt. Das gebietet der Grundsatz der Güterabwägung. Es muß deshalb immer unter größtmöglicher Schonung des Betroffenen vorgegangen werden (127).

121) RG JW 26, 364 f

122) vgl. BGHZ 24, 200, 204, wo festgestellt wird, daß ein Teil eines Bildberichtes nicht für sich allein betrachtet werden kann, so daß die ganze Veröffentlichung als rechtswidriger Eingriff in den Gewerbebetrieb gewertet wurde.

123) BB 61, 460 f

124) RGSt 61, 242, 254; BGHZ 3, 270, 281; 8, 142, 145; 24, 200, 206; LM § 823 BGB (Bd) Nr. 2; § 826 BGB (Gb) Nr. 3; BB 57, 451; Enneccerus-Nipperdey § 212 II 5; RGRK Anm. 15 zu § 824 BGB

125) aaO. S. 40

126) MDR 56, 736 f, Anm.

127) BGHZ 3, 270, 281; 8, 142, 145; MDR 56, 734 f

B) Zu den aus diesem Grundsatz abzuleitenden Anforderungen gehört auch, daß eine Äußerung nicht in beleidigender Absicht verbreitet werden oder eine in der Form gehässige und den Betroffenen persönlich herabwürdigende Darstellung der Tatsachen enthalten darf. Nur sachliche Eingriffe in die fremde Interessensphäre sind gerechtfertigt (128).

C) Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen kommt auch dem Mitteilenden unwahrer Tatsachen zugute, wenn er die Unwahrheit nicht kannte. Ihm obliegt aber eine Prüfungs- und Informationspflicht mit der Folge, daß eine Rechtfertigung dann ausgeschlossen ist, wenn gegen diese Pflicht verstoßen ist (129). Bei öffentlichen Rufkränkungen sind hier besonders hohe Anforderungen zu stellen (130).

d) Beurteilung der Warenvergleiche unter diesen Gesichtspunkten:

aa) Dabei ergibt sich, daß den Verbraucherverbänden bei der Durchführung und Veröffentlichung von Warenvergleichen grundsätzlich der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen zur Seite steht (131).

A) Die Verbraucherverbände handeln nicht zur Wahrung eines eigenen Interesses. Vielmehr wollen sie nach ihrer Zweckrichtung dem Verbraucher helfen. Dieses allgemeine Interesse dürfen sie wahrnehmen. Es geht sie ja auch nahe an, da sie sich letztlich auf die Verbraucherschaft stützen. Möhring (132) ist dagegen der Ansicht, die Interessen der Verbraucher an Aufklärung durch Warenvergleiche könnten nur berücksichtigt werden, wenn die Verbraucher nach solcher Hilfe verlangten. Damit verkennt er aber meines Erachtens das Wesen der Freiheit der Meinungsäußerung und der Pressefreiheit. Letztlich wird man ihm auch entgegenhalten können, daß die Verbraucher ihr Verlangen durch den mit Unkosten verbundenen Bezug der Verbraucher Rundschau (bzw. der DM) unter Beweis stellen.

B) Die Verbraucher haben ein Interesse daran, zu erfahren, welches Angebot günstig ist und welches ungünstig ist. Daß die Interessenabwägung zugunsten dieses Verbraucherinteresses ausfallen muß, ist deshalb unzweifelhaft, weil in

128) im Ergebnis ebenso RGRK Anm. 22 zu § 824 BGB, wo die Unzulässigkeit aber aus dem Sittenverstoß hergeleitet wird; Esser S. 857

129) RGSt 63, 92, 94; BGHZ 3, 270, 281; 24, 200, 211 f; DB 58, 276

130) RGRK Anm. 15 zu § 824 BGB

131) ebenso Helle NJW 62, 1177, 1178; Rinck BB 62, 949, 953; Hefermehl GRUR 62, 611, 614

132) MA 62, 967, 975

der Marktwirtschaft ja gerade der Verbraucher durch vernünftige, eine Marktübersicht bedingende Kaufentschlüsse das Bemühen der Anbieter honorieren soll. Das Interesse der Unternehmer an der Geheimhaltung der Qualität ihrer Waren muß daher hinter das Interesse auf Förderung der Markttransparenz zurücktreten. Gerade der Programmsatz der Sozialstaatlichkeit (133) hat hier Bedeutung, da er eine Richtschnur für die Güterabwägung gibt. Auch das hat den Ausschlag für das als berechtigt erkannte Verbraucherinteresse zu geben. Den Unternehmern wird damit nicht Unrecht getan. Sie treten ja mit ihren Angeboten an die Öffentlichkeit heran. Es ist deshalb nur angebracht, wenn die Angebote im öffentlichen Interesse geprüft werden und wenn darüber öffentlich berichtet wird. Damit ist eine grundsätzliche Charakterisierung des Warenvergleichs als eines Mittels zur Wahrnehmung berechtigter Interessen festgestellt. Ausnahmen können aber dann bestehen, wenn die Grenzen der Interessenwahrung im Einzelfall überschritten sind.

C) Großes Gewicht wird immer mehr auf die Frage der Neutralität des Testenden gelegt (134) und unter diesem Gesichtspunkt werden die Aufnahme von Anzeigen der Vergleichenen und der Verkauf von größeren Mengen der Testzeitschrift an Unternehmen, deren Waren beim Test günstig abgeschnitten haben, kritisch beurteilt. Richtig ist daran sicherlich, daß der Verbraucher, der einen unabhängigen Test erwartet, nicht irreführt werden darf. Die genannten Einflußmöglichkeiten begründen aber noch keine Abhängigkeit und meines Erachtens auch keine Vermutung dafür. Anzeigen werden in der Verbraucher Rundschau auch überhaupt nicht aufgenommen (135). Der Verkauf von Exemplaren der Ver-

133) Art. 20 I, 28 I 1 GG

134) Helle NJW 62, 1177, 1178 f; Hefermehl GRUR 62, 611, 614 f; Möhring MA 62, 967, 975; Weitnauer meint, je geringer die Unabhängigkeit sei, um so eher spreche gegen den Veranstalter eine gewisse Vermutung der Böswilligkeit (DB 63, 55, 58)

135) Unerfreulich ist allerdings die Aufnahme von Anzeigen, die mehr einer Richtigstellung als einer Werbung ähneln, zumal wenn sie der redaktionellen Aufmachung ähneln und die Kennzeichnung als Anzeige in leicht übersehbarer Weise geschieht. Vgl. dazu die Quelle-Anzeige in Heft 22/62 S. 34 und die Neckermann-Anzeige in Heft 23/62 der DM zum Wäscheschleudertest in DM 21/62 S. 25 ff, in dem die Erzeugnisse beider Firmen unter "weniger empfehlenswert" rangierten, oder die Tschamba-Fii-Anzeige in DM 25/62 S. 99, die sich auf den Sonnenöltest in DM 16/62 S. 35 bezog, in dem Tschamba-Fii ebenfalls als "weniger empfehlenswert" bezeichnet wurde. Eine mit mehr Feingefühl gehandhabte Praxis wäre da ohne Zweifel wünschenswert. Eine rechtliche Handhabe scheint mir gleichwohl gegen dieses Verfahren der DM nicht gegeben zu sein. Infrage kämen wohl höchstens Ansprüche gegen den Werbenden aus §§ 1 und 3 UWG.

braucher Rundschau liegt zudem zeitlich nach Abschluß und Veröffentlichung des Warenvergleichs. Eine finanzielle Abhängigkeit dergestalt, daß die Unternehmer Einfluß auf die Warenvergleiche insgesamt erhalten könnten, wie das Möhring (136) offensichtlich befürchtet, droht schon deshalb nicht. Es werden ja nur die Besten dann Hefte abnehmen. Man braucht aber gerade nicht auf einen solchen Großabnehmer Rücksicht zu nehmen, wenn das jeweils ein anderer ist und man mit der Abnahme durch diesen - auch solange er noch unbestimmt ist - doch sicher rechnen kann. Der Mangel der Neutralität ist aber jedenfalls im Einzelfall in bezug auf den erstellten Warenvergleich zu prüfen und nachzuweisen. Deshalb wird man auch nicht beanstanden können, daß die Verbraucherverbände finanzielle Unterstützung vom Handel angenommen haben, solange damit keine konkreten Zugeständnisse verbunden waren (137). Das muß umso mehr gelten, als ein Zentralverband des Handels nicht eine bestimmte Ware fördern will, sondern für den Absatz aller Waren eintritt.

Vom geltenden Recht her wird man deshalb keine vom einzelnen Eingriff losgelöste Neutralität verlangen können. Damit würde man die Warenvergleiche der Verbraucherverbände schließlich auch nahezu ausschalten. Insbesondere die Verbraucherverbände bedienen sich ja des Testinstituts der BLGA. Dieses aber wird zum großen Teil von der Industrie finanziert (138). Damit fehlt dem für das Ergebnis doch wichtigsten mit dem Test Befassten, dem Prüfinstitut, aber sicherlich die "abstrakte" Neutralität (139). Verlangt man aber den Verzicht auf solche Institute, die ihre reichen Erfahrungen im Dienste und mit dem Geld der Wirtschaft gesammelt haben und noch sammeln, so muß man die wohl größeren Mängel in Kauf nehmen, die auftreten, wenn die Prüfungen im eigenen Institut der Warenvergleichsveranstalter improvisiert werden (140). Man wird deshalb die Anforderungen an die Neutralität nicht überspitzen dürfen. Nur tatsächliche Einflußnahme eines Getesteten auf den Warenvergleich - diese allerdings auch in der

136) MA 62, 967, 975

137) Die Verbraucherverbände schrieben in VR 1/63 S. 3: "Sie (die AGV) sah sich auch zur Entgegennahme von Förderbeiträgen ausschließlich für die Warenprüfungen berechtigt, da diese Gelder vorbehaltlos zur Verfügung gestellt wurden".

138) zu den Schwierigkeiten, die die DM deshalb bei den Unterbringung von Prüfaufträgen hatte, vgl. DM 2/61 S. 2

139) vgl. wegen der Einflußmöglichkeiten des Prüfinstituts auch die Beschränkungen, die die BLGA der DM bei der Auswertung und Publizierung des Handmixertests auferlegte (DM 1/62 S. 45 ff).

140) vgl. die Glosse des "Photomarks", abgedruckt in MA 62, 627, zum Kamerateest der DM

Form der bloßen Rücksichtnahme der Verbraucherverbände auf einen Hinzugezogenen - schließt die Wahrnehmung berechtigter Interessen aus (141). Die Warenvergleiche treten eben als unabhängige Prüfungen und Vergleiche auf. Auf ihr Ergebnis darf daher kein Hinzugezogener eingewirkt haben. Keine Einwirkung auf das Ergebnis ist dabei selbstverständlich die Unterstützung der Veranstalter durch Informationen und Hinweise, denn hierdurch wird das Ergebnis nicht verfälscht. Dafür daß hierüber hinausgehender Einfluß auf die Verbraucherverbände ausgeübt worden wäre, gibt es bisher keine Anhaltspunkte (142).

bb) Der Einheitlichkeit der Betrachtung halber seien hier auch Grundsätze für die Prüfung aufgestellt, die im Rahmen des § 824 BGB an sich nicht zu beachten wären, da dort dem Tatbestand nach ja nur unwahre Tatsachenbehauptungen und -verbreitungen erfaßt werden können.

A) Die Prüfung muß so erfolgen, wie der Verbraucher die Ware benutzen wird, also selbstverständlich auch unter Beachtung der Gebrauchsanweisung des Herstellers und unter Zugrundelegung der verkehrüblichen Maßstäbe (143). Sehr fruchtbar scheint es mir, dabei die oben erwähnten (144) Gesichtspunkte Kluys zugrunde zu legen und die für die betreffende Ware bedeutenden auszuwählen. Ist ein spezielles von mehreren möglichen Testverfahren, die verschiedene Ergebnisse liefern, angewendet, so muß dieser Umstand angegeben werden (145). Entscheidend muß dabei sein, daß der Leser erkennt, daß das veröffentlichte Ergebnis nicht unbedingte Gültigkeit beanspruchen kann. Der Durchschnittsleser bezweifelt das Ergebnis aber auch dann nicht, wenn ein Hinweis auf andere methodische Möglichkeiten gegeben ist, da er davon ausgehen wird, daß bei wissenschaftlicher Prüfung stets nur ein Ergebnis gewonnen werden kann. Es wird daher eines Hinweises dahin bedürfen, daß bei Zugrundelegung anderer Testmethoden sich das Ergebnis verschieben kann. Auch diese anderen Verfahren anzuwenden,

141) in diesem Fall läge auch Wettbewerbsabsicht vor

142) auch Weitnauer sieht in der Neutralität des Testveranstalters kein Kriterium für die Zulässigkeit des Warenvergleichs (DB 63, 55, 58), begründet diese Ansicht aber nicht näher

143) LG Düsseldorf GRUR 62, 364

144) vgl. 1. Teil 1. Abschnitt IV 3 c

145) so Hefermehl (GRUR 62, 611, 617) und Möhring (MA 62, 967, 976) unter Bezugnahme auf ein holländisches Gerichtsurteil (GRUR Auslandsteil 62, 511) über Nikotin- und Teergehaltsmessungen in einem Zigarettentest. Insoweit bestehen gegen die Korrektheit des Verfahrens der Verbraucherverbände kaum Bedenken, da jeder Warenvergleich ausführlich die Prüfmethoden bespricht, auf denen er beruht.

wird man dagegen in der Regel nicht fordern können, da derart der Warenvergleich insgesamt lahmegelegt werden könnte. Eine Ausnahme kann allerdings dort zu machen sein, wo es ohne besondere Schwierigkeiten möglich ist und das andere Verfahren sich für derartige Prüfungen schon bewährt hat. Problematisch ist natürlich, welche Maßstäbe bei der Prüfung zugrunde zu legen sind. Auch diese sind auf die Verbrauchererwartungen abzustimmen. Solange es noch keine allgemein anerkannten Prüfungsgrundsätze gibt, wird man von den Verbraucherverbänden nicht mehr verlangen können (146).

B) Die Sorgfaltspflicht ist bei der großen Schädigungsgefahr besonders streng (147). Was veröffentlicht wird, muß in sehr sorgfältiger Prüfung gewonnen sein. Dem wird nur durch die Befassung sachkundiger Prüfer mit dem Test genügt (148). Haben die Verbraucherverbände aber ein sachlich geeignetes Institut beauftragt und eine sachlich umfassende Prüfung unter Zugrundelegung der für den Verbraucher wesentlichen Gesichtspunkte verlangt, so können sie sich auf die Richtigkeit der Ausführung verlassen. Nur dann sind sie bei der Weitergabe auch unwahrer Tatsachen wegen Gutgläubigkeit gerechtfertigt.

C) Zur nötigen Sorgfalt bei der Gewinnung der Testergebnisse gehört auch die Pflicht, dort mehrere Stücke einer Ware zu prüfen, wo das Gesamtbild verzerrende Zufallsfehler auftreten können. Hieran halten sich die Verbraucherverbände (149).

D) Der Umfang der Prüfung muß auf alle Daten erstreckt werden, die für den durchschnittlichen Verbraucher wesentlich sind, damit kein verzerrtes Bild entsteht. Manche Nachteile einer Ware können durch Vorteile auf einem anderen Gebiet ja wieder ausgeglichen werden, so daß dieser Ware insgesamt ein besserer Rang zukäme. Auch an Aussagen über Teilbereiche kann freilich ein berech-

140) Inzwischen wurde im Rahmen des Deutschen Normenausschusses ein Ausschuß "Gebrauchstauglichkeit" gegründet, der sich aus Vertretern der Verbraucherverbände, der herstellenden Industrie, des Handwerks, Handels sowie technisch-wissenschaftlicher Vereine und Behörden zusammensetzt und dem es obliegt, Normungsarbeiten für das Beurteilen und Prüfen der Gebrauchstauglichkeit von Gebrauchs- und Verbrauchsgütern zu veranlassen oder durchzuführen. Dabei sollen bereits bestehende DIN-Normen ergänzt und verbessert werden. So DZ vom 17.7.1962

147) ebenso LG Düsseldorf BB 62, 611, 618; Weitnauer DB 63, 66, 68

148) Helle NJW 62, 1177, 1178; Hefermehl GRUR 62, 611, 616

149) vgl. oben 1. Teil 1. Abschnitt IV 3 c

cc) Teilweise ist im Zusammenhang mit der Prüfung auch schon die Veröffentlichung des Ergebnisses angesprochen worden. Für diese insbesondere gilt der Grundsatz, daß sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen das zur Interessenwahrung notwendige Maß nicht überschreiten darf.

A) Die Warenvergleiche müssen, um nicht irreführend zu sein, das halten, was sie versprechen, das heißt: sie müssen eine Zusammenstellung aller für den Kaufentschluß wesentlichen Kriterien bilden. Die Testergebnisse müssen sachlich richtig und vollständig wiedergegeben werden (154). Auch hier entziehen aber Unrichtigkeiten, die sich trotz ausreichender Sorgfalt eingeschlichen haben, den Verbraucherverbänden nicht die Rechtfertigung. Eine Schwierigkeit für den Vergleich hält Leitherer (155) dann für gegeben, wenn einzelne Preise nicht gebunden sind. Meines Erachtens wird aber ein Warenvergleich zulässig sein, der einen Durchschnittspreis angibt und auf das Fehlen der Preisbindung hinweist, denn der Leser wird dann die weiteren Nachforschungen anstellen (156). Eine etwa vorgenommene Klassifizierung darf nicht auf einer fehlerhaften Auswertung der Einzelbehauptungen beruhen und Abstufungen dürfen wohl auch nur aufgrund erheblicher Unterschiede der Qualität und der Preiswürdigkeit gemacht werden. Die Anforderungen zu hoch stecken würde man aber, wenn man von den Verbraucherverbänden eine Nachprüfung der Daten verlangen würde, welche das beauftragte Prüfinstitut ermittelt hat. Nur für ohne viel Fachkenntnis erkennbare Fehler müssen die Verbraucherverbände dann eintreten.

B) Die Form des Warenvergleichs muß ihrem Gesamtcharakter nach sachlich sein. Herabsetzungen dürfen nicht über das erforderliche Maß hinaus enthalten sein. Deshalb sind zum Beispiel Schlüsse auf andere Produkte des Herstellers unzulässig. Die Kritik einer besonders irreführenden Werbung kann allerdings auch persönliche Angriffe gegen den Unternehmer erfordern, die, wie Hefermehl (157) richtig sieht, dann zulässig sind.

Der Vergleichszweck verlangt eine - wenn auch nur aus einer Tabelle herauslesbare - Klassifizierung in bessere, durchschnittliche und schlechtere Waren. Dem Erfordernis der Sachlichkeit beim Eingriff in fremde Rechtssphäre widerspräche aber eine bloß subjektive Bewertung ohne Angabe der Tatsachen, auf denen sie

154) gleiche Ansicht Hefermehl aaO. S. 617

155) MA 62, 571, 572

156) vgl. z. B. den Personenwaagentest in VR 10/62, wo die Preise als unverbindliche Richtpreise, gebundene Preise, Katalogpreise und freie Preise, letztere mit einer Durchschnittsangabe, gekennzeichnet sind. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken.

157) GRUR 62, 611, 618

beruht (158). Solange eine zusammenfassende vergleichende Beurteilung einzelner Gebrauchseigenschaften sowie der Qualität und Preiswürdigkeit aber tatsächlich auf die ebenfalls publizierten Testergebnisse zurückgeht und damit nachprüfbar ist, wird man sie meines Erachtens für zulässig ansehen müssen (159). Sie hat ja zweifellos Vorteile, weil die Verbraucherverbände in Zusammenarbeit mit dem Prüfinstitut besser imstande sind, die Bedeutung der Einzelergebnisse gegeneinander abzuwägen. Damit wird eine dem Warenvergleich insgesamt sehr abträgliche Fehlerquelle ausgeschlossen, denn gerade die Akzente richtig zu setzen wird dem durchschnittlichen Leser einer tabellarischen Übersicht sehr schwer fallen. Die Zulässigkeit einer abschließenden Bewertung wird allerdings noch an die Voraussetzung zu knüpfen sein, daß die in Vergleich gesetzten Tatsachen ein vollständiges Bild ergeben. Sonst erlauben sie keine Klassifizierung, die der durchschnittliche Leser in der Regel als Gesamtbeurteilung - zumindest der allgemein prüfbaren Faktoren - ansehen wird (160).

C) Auf die Sachlichkeit der Form ist deshalb besonderes Augenmerk zu legen, weil die Verbraucherverbände ja einen wissenschaftlichen Prüfbericht in eine allgemein verständliche Sprache übersetzen müssen. Auf die Schwierigkeiten, die sich hier ergeben, weist Helle (161) mit Recht hin. Das Streben nach Gemeinverständlichkeit darf nicht zu sachwidriger Vereinfachung führen. Andererseits muß den Verbraucherverbänden aber das Recht zu einer deutlichen und unverblühten Aussage zugesprochen werden (162).

158) Ansprüche aus § 824 BGB schieden dann aber mangels einer Tatsachenbehauptung aus. Wenn Rinck (BB 60, 949, 952) deshalb den Verbraucherverbänden empfiehlt, möglichst subjektiv zu sprechen, so schränkt das die Haftung natürlich nur in diesem Rahmen ein; vgl. unten III 4 c

159) gleiche Ansicht: Borck, Gutachten S. 25; kritisch Hefermehl aaO. S. 616 f; Möhring MA 62, 967, 976

160) Eindeutig unzulässig war danach die Zusammenstellung der Ergebnisse von 29 DM-Tests in DM 25/62, die fast ausschließlich die subjektiven Bewertungen wiederholte, während die älteren Hefte, die die Grundlagen enthielten, einem nicht unerheblichen Teil des Publikums nicht mehr zugänglich waren. Problematisch ist auch die blickfangmäßige Herausstellung der Gesamtbeurteilung in der DM, die den Leser dazu verführt, sich nur für den Fall des Bedarfs die bestbeurteilten Waren einzuprägen, ohne den dazugehörigen Text immer zu lesen. Gleichwohl wird man solche Mängel im Interesse der attraktiveren Gestaltung des Warenvergleichs und deshalb als noch im Interesse der Verbraucher liegend nicht zur Begründung eines Ersatzanspruchs verwenden können.

161) NJW 62, 1177, 1178

162) ebenso Hefermehl aaO. S. 618

D) Ein berechtigtes Interesse zu wissen, wie sie ihr Geld am günstigsten ausgeben, haben alle Verbraucher, so daß sich Verbraucheraufklärung durch Warenvergleiche nicht wirksam in einem engeren Personenkreis durchführen läßt. Ebenfalls erforderlich ist die Nennung der Namen (163) der hinzugezogenen Unternehmer oder - was dem in der Regel entsprechen wird - die genaue Bezeichnung der verglichenen Waren, so wie sie am Markt auftreten, denn anders lassen sich die Angebote nicht konkretisieren und ohne dies wäre der ganze Warenvergleich nutzlos.

E) Eine Wahrnehmung berechtigter Interessen komme nicht mehr infrage, wenn ein Unternehmen einen Fehler, der bei der Prüfung aufgedeckt wurde, noch vor der Veröffentlichung des Warenvergleichs beseitigt und dies der prüfenden Stelle mitteilt, da den Verbraucher nicht interessiert, wie die Ware früher war, sondern welche Qualität sie zur Zeit der Veröffentlichung hatte (164).

F) Vollständigkeit nach der Seite der Hinzugezogenen hin, wie sie von Hefermehl (165) und Möhring (166) als Voraussetzung der Wahrnehmung berechtigter Interessen gefordert wird, kann man meines Erachtens nicht in diesem Rahmen verlangen. Der Verbraucher ist auch an einer Übersicht über einen Teilbereich des konkurrierenden Angebots berechtigterweise interessiert. Die Hinzugezogenen werden aber durch die Nichthinzuziehung anderer nicht beeinträchtigt, so daß auch die Interessenabwägung davon unbeeinträchtigt bleiben muß. Der Schluß Hefermehls (167), die Verbraucher würden eine schlecht besprochene Ware auch hinter die nicht einbezogenen einstufen, scheint mir tatsächlich unzutreffend zu sein.

c) Andere Rechtfertigungsgründe greifen nicht ein. Insbesondere ist dem von Rinck (168) herangezogenen Rechtfertigungsgrund der Markttransparenz nichts weiteres mehr zu entnehmen, da die Gedanken, die unter diesem Gesichtspunkt Berücksichtigung finden könnten, bereits innerhalb der unter b) besprochenen Güterabwägung bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen Verwendung finden.

163) vgl. hierzu BGHZ 24, 200, 207; 36, 77, 80 ff

164) vgl. hierzu die nicht verwirklichte Absicht der DM, den Handmixertest trotz Verbesserungen an einzelnen Waren noch in der ursprünglichen Form zu veröffentlichen; DM 1/62 S. 45 ff

165) aaO. S. 615 f

166) aaO. S. 975

167) aaO. S. 615 f

168) BB 62, 105 ff

Warenvergleichsveröffentlichungen können demnach in Einzelfällen rechtswidrige Erwerbs- und Fortkommisgefährdungen sein, wenn sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen das zulässige Maß überschreiten.

3. Dann taucht die Frage auf, wann die Verbraucherverbände auch schuldhaft handeln.

a) Regelmäßig genügt, daß der Täter die Unwahrheit kennen mußte (§ 824 I), daß ihm also fahrlässige Unkenntnis der Unwahrheit vorzuwerfen ist. Eine Voraussetzung oder auch nur Vorausssehbarkeit der Gefährdung wird dagegen nach ganz überwiegender Auffassung nicht gefordert (169).

b) Da die Verbraucherverbände mit den Vergleichsveröffentlichungen berechnigte Interessen wahrnehmen, gilt für sie der Absatz 2 des § 824, so daß die Schadensersatzpflicht der Verbraucherverbände auf diejenigen Fälle beschränkt ist, in denen sie die Unwahrheit der mitgeteilten Tatsachen kannten. Kenntnis der Unwahrheit ist allerdings auch dann anzunehmen, wenn der Täter ohne eine bestimmte Kenntnis zu haben etwas bestimmt behauptet, falls er sich der Unsicherheit seines Wissens bewußt ist, oder wenn er den wirklichen Sachverhalt vorsätzlich entstellt, indem er Begleitumstände übertrieben ausmalt. Auch dann handelt er wider besseres Wissen (170).

In der Regel werden die Verbraucherverbände nicht bewußt unwahre Äußerungen veröffentlichen. Damit würden sie ja nur den Verbraucher täuschen, den sie doch aufklären wollen. Es ist folglich zwar möglich, daß den Unternehmern Schadensersatzansprüche aus § 824 BGB erwachsen, tatsächlich wird es aber kaum vorkommen.

4. Ausführungen sind danach noch zur Frage der Beweislast angebracht. Nach der herrschenden Meinung trägt der Kläger sie dafür, daß eine Tatsache behauptet oder verbreitet ist, daß diese unwahr ist und für die Umstände, aus denen sich die Kenntnis des Gegners von der Unwahrheit ergibt, während der Beklagte sein berechtigtes Interesse beweisen muß (171). Wenn die Verbraucherverbände aber lediglich unsubstantiiert die vom Kläger behauptete Unwahrheit bestreiten, so braucht dieser die Unwahrheit nicht zu beweisen, da einfaches Bestreiten nur genügt, wo man

169) Enneccerus-Lehmann § 237 I 3; RGRK Anm. 12 zu § 824 BGB; a.A. Traeger, Kausalbegriff S. 205 ff

170) RGZ 76, 313, 319 f; JW 32, 3060; BGH DB 58, 276; RGRK Anm. 12 zu § 824 BGB; Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 51

171) RGZ 51, 369, 380; 56, 271, 285; Enneccerus-Lehmann § 237 II; RGRK Anm. 24 zu § 824 BGB

einer Partei keine näheren Behauptungen zumuten kann, in der Regel aber - und so auch hier - erklärt werden muß, inwiefern die Behauptungen den Tatsachen entsprochen haben (172).

5. Wird auf § 824 BGB eine Unterlassungsklage gestützt, so braucht ein Verschulden der Verbraucherverbände nicht vorzuliegen. Die Unterlassungsklage erfordert lediglich den Nachweis der Unwahrheit (173). Eine Wahrnehmung berechtigter Interessen können die Verbraucherverbände hiergegen nie einwenden, da ihnen bei Aufrechterhaltung oder Wiederholung der Behauptung ja deren Unwahrheit durch den Nachweis des Klägers positiv bekannt wäre und an der Mitteilung als unwahr erkannter Tatsachen niemandem ein berechtigtes Interesse zusteht. Der Täter, der sich der Unwahrheit bewußt ist, handelt ja auch subjektiv nicht mehr zur Wahrnehmung des fremden Interesses. Gutgläubigkeit ist dann nicht mehr möglich. Ein Verbot bedeutet folglich auch keinen unbilligen Eingriff in die Bewegungsfreiheit der Verbraucherverbände.

II. § 823 II BGB

Aus § 823 II BGB ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.

1. Als Schutzgesetze kommen hinsichtlich der Veröffentlichung von Warenvergleichen die §§ 185-187 StGB infrage. Der Charakter von Schutzgesetzen wird ihnen allgemein zugesprochen (174).

2. Schutzobjekt der §§ 185 ff StGB ist die Ehre (175). Die Ehrverletzung besteht darin, daß dem Betroffenen die "Eignung zur Erfüllung der ihm obliegenden vielschichtigen Funktionen" (176) abgesprochen wird.

3. Die Ehre kommt sicherlich jeder natürlichen Person zu. Umstritten ist aber, ob und unter welchen Umständen als Träger des Rechtsgutes der Ehre auch Personengemeinschaften und insbesondere juristische Personen infrage kommen. Die zu den Warenvergleichen hinzugezogenen Unternehmer sind aber nur in seltenen Fällen Einzelpersonen. Sehr häufig sind die bedeutenden Hersteller und Händler Per-

172) BGH NJW 59, 2011, 2013; Baumbach-Lauterbach Anm. 4 a zu § 138 ZPO; Helle NJW 62, 1177, 1180

173) RGZ 95, 339, 343; 140, 392, 402; RGRK Anm. 12 zu § 824 BGB

174) RGRK Anm. 106 zu § 823 BGB

175) Maurach Bes. Teil S. 116; Schönke-Schröder Anm. I vor § 185 StGB; Kohlrausch-Lange Anm. II vor § 185 StGB; Dreher-Maassen Anm. 2 zu § 185 StGB

176) Maurach aaO. S. 118

sonen- oder Kapitalgesellschaften, so daß das Problem ihrer Beleidigungsfähigkeit vorweg zu klären ist.

a) Daß das StGB im Rahmen des Ehrenschatzes an Kollektivpersönlichkeiten lediglich eine Behörde (§ 196) und ein Gesetzgebungsorgan oder eine andere politische Körperschaft (§ 197) nennt, verbietet schon deshalb nicht den Schluß, daß auch andere Kollektivpersönlichkeiten als Ehrenträger anerkannt werden, weil es in §§ 196 f StGB nicht eigentlich um den Schutz der Ehre, sondern um den der Autorität geht (177).

b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die davon ausging, daß nur Einzelpersonen beleidigungsfähig wären (178) hat seit RGSt 70, 140 solchen Personenmehrheiten Beleidigungsfähigkeit zugesprochen, "die das Recht anerkennt und die mit staatlicher Billigung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu dienen bestimmt sind" (179). Erweiternd bejaht der Bundesgerichtshof den strafrechtlichen Ehrenschatz einer Personengesamtheit, wenn sie "eine rechtlich anerkannte gesellschaftliche Funktion erfüllt und einen einheitlichen Willen bilden kann" ohne daß es auf deren Rechtsform ankäme, denn "diese stimmt mit deren sozialer Aufgabe oft nicht überein und richtet sich nach anderen Gesichtspunkten" (180). Gesellschaftliche Aufgabe kann nach dieser Entscheidung auch eine wirtschaftliche sein. Damit ist der strafrechtliche Ehrenschatz von Personen- und Kapitalgesellschaften anerkannt.

c) Auch die Rechtslehre erkennt überwiegend die passive Beleidigungsfähigkeit von Personengesamtheiten an (181).

d) Im Hinblick auf die Warenvergleiche wäre es wohl unbillig und schon deshalb nicht tragbar, wenn die strafrechtliche - und damit über § 823 II BGB auch die zivilrechtliche - Haftung von dem Zufall abhinge, ob eine Behauptung nun gerade das Unternehmen eines einzelnen oder einer Personengesamtheit betraf. In beiden Fällen kommt der Mitteilungshandlung der gleiche Unwertgehalt zu und die Wirkung greift auch im Fall des Einzelunternehmers gleichermaßen aus dem näheren persönlichen Bereich in den der wirtschaftlichen Interessen über. Es müs-

177) Maurach aaO. S. 120

178) RGSt 68, 120, 123; 4, 75

179) RGSt 70, 140, 141

180) BGHSt 6, 186, 191

181) vgl. die bejahenden Stellungnahmen von Maurach aaO. S. 120 f; Mezger, Besonderer Teil S. 99; Welzel S. 254; Schönke-Schröder Anm. III vor § 185; Kohlrausch-Lange Anm. III vor § 185 StGB

sen deshalb beide Fälle gleichbehandelt werden, was die Anerkennung der Beleidigungsfähigkeit von Personengesamtheiten voraussetzt.

4. §§ 185 bis 187 StGB setzen - und ihr Tatbestand muß ja objektiv und subjektiv erfüllt sein, damit Ansprüche aus § 823 II BGB in Verbindung mit ihnen zum Zuge kommen (182) - stets eine Ehrverletzung voraus.

a) Ganz überwiegend sieht man als Ehre im Sinne dieser Strafvorschriften den aus dem sozialen und sittlichen Wert einer Person entspringenden Anspruch auf angemessene, diesem Wert entsprechende Behandlung an (183). Ehre betrifft danach nicht nur den Wert des Betroffenen im Hinblick auf die Erfüllung menschlich-sittlicher Pflichten, sondern - wegen der Sozialbedingtheit dieses Rechtsguts (184) - auch den Wert, den der Betroffene zur Erfüllung seiner spezifisch sozialen Aufgaben besitzt (185). In diesem Sinne ist nun ehrverletzend in § 185 die Kundgabe von Mißachtung (186), in §§ 186 und 187 (jetzt abgesehen von der Sonderbestimmung hinsichtlich der Kreditgefährdung) die Kundgabe einer rufverletzenden Tatsache (187).

b) Die Warenvergleiche könnten am ehesten gegen § 186 StGB verstoßen. Daß sie Verleumdungen enthalten, wird genauso ein Ausnahmefall sein, wie der, daß sie im Sinne des § 185 reine Werturteile mitteilen. § 185 könnte für Tatsachenbehauptungen aber nur dann infrage kommen, wenn sie dem Verletzten gegenüber bekundet werden. Da die Warenvergleiche aber daneben andere Adressaten erreichen, greift § 186 ein und schließt als das speziellere Gesetz § 185 aus (188).

Dort wo sie für einen Unternehmer Schadensersatzansprüche begründen könnten, enthalten die Warenvergleiche eine Kritik an dessen Ware. Sie lassen erkennen - oder sprechen es vielleicht auch klar aus, was in der rechtlichen Würdigung keinen Unterschied macht - daß dessen Angebot schlechter ist als das eines anderen. Die zum Warenvergleich hinzugezogenen Unternehmer sind aber keine Handwerker, bei denen persönliches Können im Vordergrund steht, sondern Inhaber

182) Enneccerus-Lehmann § 235 II 1

183) BGHSt 1, 288, 289; 11, 67, 70 f

184) Maurach aaO. S. 118 f

185) RG JW 32, 1742; Schönke-Schröder Anm. I vor § 185

186) Maurach aaO. S. 126; Mezger aaO. S. 101; Schönke-Schröder Anm. II zu § 185 StGB

187) Maurach aaO. S. 128; Schönke-Schröder Anm. I zu § 186 StGB

188) st. Rspr., vgl. RGSt 65, 358 f; BGHSt 6, 159, 161; Schwarz-Dreher Anm. 5 zu § 185 StGB

großer, unpersönlich aufgebauter Unternehmen. Der Vorwurf, Ware von geringerer Qualität oder Preiswürdigkeit herzustellen, erscheint deshalb auf den ersten Blick nicht als Ehrverletzung. Beispiele mögen dies veranschaulichen:

aa) Der Test "Diktiergeräte" (189) enthielt in der Beschreibung beispielsweise den Hinweis, daß Spritzgußgehäuse weniger zu empfehlen seien als andere, da sie beim Herunterfallen leicht zerbrechen würden. Aus der Tabelle war hierzu ersichtlich, daß von 22 geprüften Modellen nur das Gehäuse des Geräts Assmann-Universa aus diesem Material hergestellt war. Ohne Zweifel enthielt dieser Hinweis also eine Zurücksetzung des betroffenen Modells, das nicht billiger war als vergleichbare andere. Ein vernünftiger Betrachter kommt dabei aber gewiß nicht auf die Idee, daß hierin eine Verletzung der Ehre der Herstellerin liege.

bb) Der Waschmitteltest (190) lobt in der Beschreibung die sogenannte "Bead-form" im Gegensatz zur Pulverform und weist weiter darauf hin, daß ein Saugvermögen der gewaschenen Wäsche von über 350 cm^2 als gut anzusehen sei. Aus der Tabelle kann man entnehmen, daß "Famos" als einziges der verglichenen Waschmittel in Pulverform vorliegt und daß Wäsche, die mit "Famos" behandelt wurde, mit 300, solche, die mit "Neckermann selbsttätiges Waschmittel" behandelt wurde, mit 311 und mit "Quellon lichtblau" gewaschene Wäsche mit 314 vergleichsweise geringes Saugvermögen besitzen. Die Ehre der Herstellenden und - deutlicher noch - der nur vertreibenden Firmen (Neckermann Versand KG und Großversandhaus Quelle) wird dadurch aber bei vernünftiger Betrachtung nicht angegriffen.

cc) Nicht anders ist das beim Fernsehgerätetest (191), wo unter anderem die Vorteile von Automatikfunktionen gelobt werden, während ein Blick in die Übersicht zeigt, daß von Geräten sehr ähnlichen Preises manche nur wenige, andere aber eine ganze Reihe oder alle dieser genannten Funktionen bieten. Die Beschreibung zählt auch verschiedene sehr beachtliche Vorteile einer Filterscheibe auf. Gleichwohl enthalten einige im Vergleich aufgeführte Fernsehgeräte aber keine Filterscheibe. Ansonsten unterscheiden sich die verglichenen Modelle nur unwesentlich, so daß die genannten Unterschiede durchaus entscheidend sein werden. Auch hier wird man aber nicht von einer Ehrverletzung sprechen wollen.

dd) Im Brotröstertest (192) führen die Verbraucherverbände aus, daß bei

189) VR 5/61

190) VR 6/61

191) VR 10/61

192) VR 8/62

ihrem Test das japanische Gerät "National", das von der Firma Neko importiert wird, am schlechtesten abschnitt und daß besonders das Siemens-Gerat unter Berücksichtigung der Qualitätsunterschiede zu teuer sei. Auch hier wird man vernünftigerweise nicht von einer Verletzung der Ehre der betroffenen Firmen sprechen können.

Diese Beispiele zeigen, daß die Kundgabe von Nachteilen der auf den Markt gebrachten Waren die Ehre der betroffenen Hersteller oder Händler nicht verletzt, da vom Publikum keine Rückschlüsse auf die Ehre gezogen werden. Es werden durch die Kritik der Waren vielmehr lediglich wirtschaftliche Interessen berührt. Daß im wirtschaftlichen Bereich andere Grundsätze gelten als für die Ehre des Menschen, kann dabei nicht überraschen. Eine andere Betrachtung ließe die sittliche Komponente der Ehre außer acht, die immer ein zumindest in den Bereich der Moral übergreifendes Unwerturteil verlangt. Es ist nur natürlich, daß Aussagen, die den Charakter oder die Fähigkeit eines Menschen betreffen, beschränkter sein müssen als solche über Waren. Waren treten ja in Wiederholungen auf, während der Mensch Individuum ist. Waren stehen untereinander in Wettbewerb. Sie sind für den Vergleich geschaffen. Daß es bessere und schlechtere gibt ist dabei geradezu Voraussetzung. Eine besondere Unternehmerehre im Sinne von "Hersteller guter Waren" gibt es nicht in einem Maße, daß sie mit guten Eigenschaften eines Menschen zu vergleichen wäre. Die Person des Unternehmers ist deshalb grundsätzlich unabhängig von dem Ruf seiner Ware, es sei denn dem Hersteller werde Schwindel vorgeworfen, womit aber dem Wesen nach nicht mehr eine Aussage über die Ware gemacht wird. Das ist auch nicht mehr der Fall des Warenvergleichs.

5. Ausgespart blieb bisher der Tatbestand der Kreditgefährdung des § 187 StGB. Dem § 187 genügen nämlich auch Tatsachen, die geeignet sind, den Kredit des Betroffenen zu gefährden.

a) Kredit ist - nicht anders als bei § 824 BGB - das Vertrauen, das jemand hinsichtlich der Erfüllung seiner vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten genießt (193). Umstritten ist allerdings die Rechtsnatur dieser Erweiterung. Während die Praxis die Kreditgefährdung unter die Vermögensdelikte einreicht (194), ist die Literatur geteilt. Hier werden Auffassungen vertreten, die von der Meinung des Reichsgerichts (195) bis zur Einreihung der Kreditgefährdung als unselbständigen Unterfall unter die allgemeine Rufverletzung (196) reichen.

193) Olshausen Anm. 6 zu § 187 StGB

194) RGSt 31, 84 f; 44, 158, 160

195) Olshausen Anm. 5 zu § 187 StGB; Schäfer in Leipziger Kommentar zum StGB Anm. II zu § 187

196) Maurach aaO. S. 133; Schönke-Schröder Anm. V zu § 187 StGB

b) Eine Stellungnahme zu dieser Kontroverse braucht im Rahmen dieser Arbeit gleichwohl nicht zu erfolgen, denn die Frage, was unter Kredit zu verstehen ist, wird im obigen Sinn von allen einheitlich beantwortet. Die Warenvergleiche sagen aber nie etwas über Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit der hinzugezogenen Unternehmer aus. Die Stellung als Schuldner wird durch die Aufdeckung der schlechten Qualität oder geringeren Preiswürdigkeit der hergestellten Waren nicht beeinträchtigt. Der Tatbestand der Kreditgefährdung scheidet deshalb ebenfalls aus.

6. Es ergibt sich somit, daß die Warenvergleiche nicht gegen die §§ 185 ff StGB verstoßen können. Da andere Schutzgesetze zugunsten der hinzugezogenen Unternehmer nicht ersichtlich sind, sind Ansprüche aus § 823 II BGB nicht gegeben.

III. § 823 I BGB

Ansprüche aus § 823 I BGB können den hinzugezogenen Unternehmern lediglich in der Form des Schutzes des Gewerbebetriebs erwachsen.

1. Die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" im Sinne von § 823 I BGB ist nicht unstreitig.

a) Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches zumachst § 823 I BGB nur eingreifen ließ, wenn der Bestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als solcher angegriffen war (197), nicht aber etwa bei Einwirkung auf den Kundenkreis (198), später aber auf dem Gebiete des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts jede schuldhaft widerrechtliche Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung eines anderen durch unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebs ausreichen ließ (199), dahin fortgeführt, daß das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach § 823 I auch außerhalb des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts "nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist, vor unmittelbaren Störungen bewahrt bleiben" (200) muß. Auch das Eigentum werde ja nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Ausstrahlungen (zum Beispiel hinsichtlich der Verfügungsmacht) geschützt).

197) RGZ 73, 107, 112; 79, 224, 226; 95, 339 f; 102, 223, 225; 126, 93, 96

198) RGZ 79, 224, 226

199) RGZ 163, 21, 32

200) BGHZ 3, 270, 279 f; vgl. auch 8, 142, 144; 24, 200, 205 f; BAG NJW 55, 1373; a. A. OLG Freiburg JZ 52, 231; OLG Köln MDR 53, 617, 618

Einen derartigen unmittelbaren Eingriff in das "Recht der störungsfreien Entfaltung des gewerblichen Tätigkeitskreises" (201) stellt dann aber auch jede herabsetzende Äußerung über Erzeugnisse oder sonstige Leistungen eines Unternehmens dar, wenn sie geeignet ist, die gewerbliche Betätigung des Betroffenen zu beeinträchtigen. Auch der Kundenkreis fällt ja unter den Begriff des so verstandenen Rechts am Unternehmen (202).

b) In der Literatur werden zur Frage des Rechts am Gewerbebetrieb verschiedene Auffassungen vertreten. Die Rechtsprechung des BGH bejahen im wesentlichen Enneccerus-Lehmann (203), Lindenmaier (204), Baumbach-Hefermehl (205), Schippel (206), Hubmann (207) und in beschränkterem Maße auch Nipperdey (208). Abgelehnt wird sie dagegen von Larenz (209), Palandt-Gramm (210), Reimer (211) und Helle (212).

c) Die Ablehnung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder auch nur des Umfangs, den der BGH ihm gibt, wird meines Erachtens den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht gerecht. Die besondere Verletzbarkeit verlangt die Möglichkeit einer tatbestandsmäßigen Erfassbarkeit sämtlicher Beeinträchtigungen des Unternehmens. Im konkreten Fall muß dann freilich geprüft werden, ob der Eingriff nicht gerechtfertigt ist. Dabei ist dann zu beachten, daß dem Unternehmen seinem Wesen nach ein minder starrer Schutz zusteht als dem Eigentum.

Das Bedürfnis nach Lückenfüllung ist entgegen der Ansicht von Helle (213) nicht durch die Anerkennung des strafrechtlichen Ehrenschatzes von Kapitalgesellschaften durch die neuere Rechtsprechung (214) beseitigt. Es gibt immer noch Fälle, in denen aus § 823 II BGB mit §§ 185 ff StGB keine Ansprüche herzuleiten sind. Die

201) BGHZ 3, 270, 280

202) BGH BB 59, 171, 172

203) § 234 I 1 b

204) LM zu § 1 UWG Nr. 6; WuW 53, 593

205) Allg. Rdnr. 79 ff

206) Das Recht am eing. und ausg. Gewerbebetrieb, insbes. S. 3

207) ZHR Bd. 117, S. 41, 74 ff

208) Enneccerus-Nipperdey § 72 I 3 b; Nipperdey lehnt aber ein Recht am Unternehmen ab und geht von einem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus, § 133 IV.

209) Bd. II S. 370 ff

210) Anm. 6 g zu § 823 BGB

211) 2. Kap. Rd.nr. 3

212) Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 77 ff

213) aaO. S. 81

214) BGHSt 6, 186 ff

Warenvergleiche bieten gerade ein Beispiel hierfür (215). Damit ist der Schutz des Unternehmens im Rahmen der "sonstigen Rechte" aber nicht nur für die Beweislast praktisch bedeutsam. Das scheint Helle (216) zu verkennen.

Wenn man in Rechnung stellt, daß auch das Eigentum als Prototyp des absoluten Rechts wesentlich relativiert worden ist (217), so kann man dem Argument Helles, das absolute Recht müsse notwendig abstrakt abgrenzbar sein und müsse grundsätzlich gegen jede Überschreitung seines Grenzbereichs Schutz gewähren (218), nicht folgen, denn die Häufigkeit der Rechtfertigung von Eingriffen beeinträchtigt den rechtslogischen Ausgangspunkt nicht. Einer inhaltlichen Beschränkung unterliegen alle absoluten Rechte (219). Das liegt an der Gemeinschaftsgebundenheit jeden Rechts. Die Anerkennung als subjektives absolutes Recht ist aber unabhängig davon, wie weit sein Schutzbereich sich erstreckt (220). Unter "sonstigen Rechten" im Sinne von § 823 I sind nach ständiger Rechtsprechung ausschließliche Rechte zu verstehen, die alle Personen binden und deshalb von allen verletzt werden können (221). Diesem Erfordernis genügt auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Letztlich liegt wohl in der Anerkennung eines so weiten Rechts am Gewerbebetrieb auch kein Verstoß gegen Art. 3 GG (222), denn Art. 3 GG verbietet nur die Willkür, die Ungleichbehandlung von tatbestandsmäßig Gleichem (223). Ob der Geschützte aber über einen Gewerbebetrieb verfügt oder ob er Angestellter oder freiberuflich Tätiger ist, ist vom Tatbestand her unterschiedlich. Bei letzterem geht ja auch der Ehrenschutz weiter, da eine Kritik einzelner Leistungen anders als beim Unternehmen in der Regel die Person herabwürdigt.

2. § 823 I BGB wird als Anspruchsgrundlage durch § 824 BGB nicht ausgeschlossen (224), da § 824 nicht *lex specialis* gegenüber den allgemeinen Deliktsbestimmungen ist, sondern diese nur ergänzt. Einerseits ist § 823 I weiter, da ihm auch die Mitteilung von Werturteilen oder wahren Tatsachen genügt und da er stets nur Fahrlässigkeit verlangt. Andererseits bringt auch § 824 BGB dem Betroffenen Erleichterungen, da schon eine Gefährdung der in ihm geschützten Rechtsgüter An-

215) vgl. oben II

216) aaO. S. 84 f

217) vgl. Art. 14 GG

218) aaO. S. 77 f

219) Hubmann aaO. S. 77

220) Baumbach-Hefermehl Allg. Rdnr. 78

221) so RGZ 95, 284

222) a.A. Helle aaO. S. 79

223) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 107 f

224) RGRK Anm. 1 zu § 823 und Anm. 1 zu § 824 BGB; Esser S. 856

sprüche auslöst, während § 823 I immer eine Verletzung des Rechts fordert.

Weitnauer (225) will allerdings entgegen der herrschenden Meinung wahre Tatsachen deshalb nicht unter § 823 I fallen lassen, weil § 824 zeige, daß schädigende Tatsachen so lange behauptet werden dürften, als sie nicht unwahr seien. Wie bezüglich des ähnlichen Streitfalls im Rahmen der vergleichenden Werbung (226) ist auch hier gegen diesen Umkehrschluß vorzubringen, daß § 824 keine abschließende Regelung bietet, sondern § 823 I daneben gilt.

Der BGH hat zwar in einer Entscheidung (227) ausgeführt, daß § 823 I die gewerbliche Betätigung nicht in den Erscheinungsformen schütze, für die ein besonderer Schutz begründet ist oder bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen begründet werden könne und daß deshalb eine Anwendung der §§ 823 I, 1004 BGB dann regelmäßig ausscheidet, "wenn die Beeinträchtigung eines einzelnen der gewerblichen Tätigkeit dienenden Arbeitsmittels infrage steht, für das als solches aufgrund sonstiger Rechtsnormen Schutz begehrt werden kann" (228). Aus dieser Entscheidung kann aber nichts Gegenteiliges gefolgert werden (229). Arbeitsmittel nach dieser Entscheidung (230) ist der Warenruf nicht. Für diesen gibt es auch keinen besonderen Schutz, zumal § 3 UWG, an den man denken könnte, gerade den umgekehrten Fall betrifft, daß der Anschein erweckt wird, ein Angebot sei besonders günstig.

Das Problem der Konkurrenz von Gesetzen ist jedenfalls abstrakt zu lösen. Eine *lex specialis* mit der Folge der Ausschließlichkeit liegt nur vor, wenn eine Vorschrift einen bestimmten Tatbestand aus einer anderen herausgreift und besonders regelt (231). Wenn ansonsten im konkreten Fall mehrere Tatbestände durch eine Handlung erfüllt sind, demselben Interesse also ein mehrfacher Schutz gewährt ist, so schließen die Ansprüche sich nicht gegenseitig aus, sondern stehen bis zur Befriedigung des Interesses nebeneinander (232). Daher beeinflusst es die Anwendbarkeit des § 823 I nicht, daß erwerbs- bzw. fortkommensgefährdende Tatsachenbehauptungen auch über § 824 Ersatzansprüche auslösen können.

225) DB 63, 55, 56 f

226) vgl. 4. Teil 2. Abschnitt II 3 am Ende

227) BGHZ 8, 387, 394 f

228) BGH aaO. 394 f

229) anders wohl Helle aaO. S. 78

230) sie betraf eine Fernsprechnummer, der als Kennzeichnungsmittel nach § 16 III UWG Schutz zukam

231) Enneccerus-Nipperdey § 60 I 3

232) Enneccerus-Nipperdey § 228 III

3. Der Tatbestand des § 823 I BGB

a) Der Tatbestand des § 823 I ist dann erfüllt, wenn das Recht hinzugezogener Unternehmer an ihrem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt wird.

aa) Hierzu ist weder erforderlich, daß es sich bei den Veröffentlichungen um Tatsachen handelt, noch daß etwa mitgeteilte schädigende Tatsachen unwahr sind. Auch eine Ehrenkränkung brauchen sie nicht zu enthalten (233).

bb) Als Verletzungshandlungen wegen derer ein Unternehmer Ansprüche erheben könnte, kommen die folgenden infrage:

A) Seine Ware wird - eventuell konkludent - als schlecht bezeichnet (gleichgültig ob sie tatsächlich schlecht ist oder nicht).

B) Die Ware eines (oder diejenigen mehrerer) Konkurrenten wird als gut bezeichnet (wieder unabhängig davon, ob das der tatsächlichen Lage entspricht). Nicht infrage kommen selbstverständlich für eine Störung des Gewerbebetriebs eines hinzugezogenen Unternehmers die günstige Beurteilung, die ihm selbst zuteil geworden ist, oder die ungünstige, die ein Konkurrent erfahren hat. In den Fällen A und B handelt es sich jeweils um denselben Grundvorgang, nämlich die Aussage, daß einige Waren als besser oder preiswürdiger erscheinen als die des Anspruchserhebenden. Nur wird die unterscheidende Aussage einmal über die Ware des Klägers gemacht, während sie das andere Mal die eines Konkurrenten herausstellt. Die Trennung ist deshalb zu erwägen, weil bei Störungen des Rechts am Unternehmen die Unmittelbarkeit des Eingriffs verlangt wird. Auf den ersten Blick zumindest scheinen für die Behandlung der beiden Alternativen in dieser Hinsicht nämlich Unterschiede aufzutreten. Nur im Fall A wird die schädigende Aussage ja direkt über die Ware des Klagenden gemacht. Im Fall B ergibt sich die schädigende Aussage erst mittelbar in Form einer Schlußfolgerung des Lesers.

Für ungünstige Äußerungen kommt zwar zunächst der Fall A infrage. Sie können und müssen aber unter einem doppelten Gesichtspunkt gewürdigt werden. Zum einen stellen sie sicher eine Aussage über die Ware des klagenden Unternehmers dar, zum anderen bringen sie aber auch eine Abstufung des Gesamtangebots. In dieser zweiten Hinsicht liegt nun gerade das Wesen des Warenvergleichs. Die ungünstige Beurteilung eines Produkts kann den Gewerbebetrieb ja nur stören, wenn sie zu einer Absatzminderung führt. Das geschieht aber gerade dann, wenn Konkurrenzprodukte dem Käufer vergleichsweise günstiger erscheinen, nicht aber, wenn das Produkt, über das ungünstig ausgesagt ist, dem Käufer immer noch als das beste erscheinen muß oder es das einzige ist und er seinen Bedarf nicht aus-

weichend befriedigen kann. Eingriffshandlung und also Ausgangspunkt bezüglich der Frage, ob eine unmittelbare Betriebsstörung vorliegt, ist daher immer das relative Abschneiden des einzelnen beim Vergleich. Folglich macht es keinen Unterschied, ob ein ungünstiges Abschneiden einer Ware auf herabsetzenden Aussagen über sie selbst oder auf hervorhebenden über Konkurrenzzeugnisse zurückzuführen ist. Der störende Eingriff ist deshalb die Zurücksetzung des Angebots eines Unternehmers gegenüber dem eines anderen.

b) Damit ist allerdings nichts darüber ausgesagt, ob eine Störung nur dann zu bejahen ist, wenn die Kritik nicht begründet ist. Die Wirkungen auf die wirtschaftlichen Werte des Unternehmens entsprechen einander bei begründeter sowie bei unbegründeter Kritik. Da der Tatbestand des § 823 I nur die Verletzung - hier also den unmittelbaren Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb - fordert, muß man davon ausgehen, daß er auch durch sachlich begründete Kritik erfüllt werden kann. Eine Einschränkung muß allerdings getroffen werden: Eine Verletzung oder Störung scheidet nämlich schon begrifflich aus, wenn die Qualifizierung der betroffenen Waren durch das Publikum mit der Veröffentlichung des Warenvergleichs nicht beeinflußt wurde, sei es, daß er nur eine allgemein vertretene Ansicht wiederholt hat oder (was selten sein wird), daß das gesamte Publikum den Warenvergleich nicht für maßgeblich erachtet. Diese Einschränkung ist eine Folge der Erfolgsbezogenheit des Störungsbegriffes. Eine Handlung ist immer nur dann störend, wenn sie einen störenden Erfolg herbeiführt. Eine Störung liegt dann, wenn der störende Erfolg eingetreten ist, aber auch bei der gebotenen engen Interpretation dieses Begriffes (234) ohne Zweifel vor.

c) Die Störung des Gewerbebetriebs muß auf einem unmittelbaren Eingriff in das Recht der störungsfreien Entfaltung des gewerblichen Tätigkeitskreises des Betroffenen beruhen (235), wenn § 823 I zum Zuge kommen soll. Die Unmittelbarkeit des Eingriffs leitet der BGH (236) aus der Geeignetheit ab, die gewerbliche Betätigung empfindlich zu beeinträchtigen. Von dem Wort "Geeignetheit" darf man sich aber nicht derart irreführen lassen, daß man schon eine Gefährdung des Gewerbebetriebs für Schadensersatzansprüche aus § 823 I BGB ausreichen läßt. In BGHZ 3, 270 ff ging es ja um eine Unterlassungsklage, die also einer Verletzung vorbeugen sollte. Schadensersatzansprüche bedürfen dagegen stets der vollendeten Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb. Dabei muß der Angriff "in

234) Esser S. 848

235) BGHZ 3, 270, 279 f

236) vgl. BGH aaO., wo ein "Artikel, getragen von höchster kirchlicher Autorität jedermann ... vor der Zeitschrift der Klägerin warnt"

irgendeiner Weise" gegen den Betrieb gerichtet sein (237) und darf nicht bloß ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen (238). Der Eingriff muß betriebsbezogen sein und eine dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wesenseigen-tümliche Eigenheit betreffen.

Diesem Erfordernis genügt die Kritik an den Waren hinzugezogener Unternehmer sicher, denn vom Ruf der Ware hängt ja insgesamt der Erfolg der gewerblichen Betätigung ab. Finden die Produkte keine Abnehmer mehr, so bleibt der Betroffene auf ihnen sitzen. Er muß den weiteren Vertrieb einstellen oder die gerügten Mängel beseitigen. Damit wird aber die freie Entfaltung seiner gewerblichen Betätigung beeinträchtigt und die in dem Geschäftsunternehmen verkörperten Werte werden verletzt. Der Erwerb ist, soweit seine Erzielung schon in die Wege geleitet ist, ein untrennbarer Bestandteil des Gewerbebetriebs. Freilich entspricht es der Dynamik des Wirtschaftslebens nicht, jedem Unternehmer einen festen Absatz zu sichern. Hierauf läuft ein Schutz des Rufs der Ware aber auch nicht hinaus. Der Warenruf ist nicht nur eine Chance, er ist vielmehr etwas vom Unternehmer geschaffenes, ein realer Wert. Und gerade diesem gilt der Schutz des § 823 I. Er ist ein Rechtsgut, das vom Gewerbebetrieb nicht ohne weiteres abtrennbar ist. Die Warenvergleiche stellen sich im Falle absprechender Kritik also als unmittelbare Störung des Gewerbebetriebs der betroffenen Hinzugezogenen dar.

d) Nur scheinbar in ein Dilemma führt die Erkenntnis, daß die Warenvergleiche sich in diesem Falle als eine Aufforderung zum Boykott darstellen (239). Der Rat, die schlechtere Ware zu meiden, wird allerdings - selbst wenn er nicht jeder einzelnen Vergleichsveröffentlichung gleichsam angeheftet ist - konkludent schon damit zum Ausdruck kommen, daß die Verbraucherverbände, deren Zwecksetzung allgemein bekannt ist, dahinterstehen. Aus dem Lüth-Urteil (240) folgert Rinck (241), daß der Boykott als solcher zulässig sei und erst durch besondere Begleitumstände rechtswidrig werden könne. Da die Tatbestände der unerlaubten Handlung nach ganz allgemeiner Auffassung Unrecht indizieren, bedeutet diese Schlußfolgerung in ihrer Umkehrung, daß die Warenvergleiche als Boykottaufforderung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung nur erfüllen sollen, wenn besondere Umstände vorliegen.

Zum Tatbestand der Störung des Gewerbebetriebs genügt aber ein unmittelbarer Eingriff in die gewerbliche Betätigung des Betroffenen, eine Voraussetzung, die

237) BGH BB 54, 518

238) BGH Vers.R 59, 150, 152; BB 59, 171 f

239) Rinck BB 61, 613

240) BVerfGE 7, 198 ff

241) aaO.

im Falle der Boykottaufforderung gegeben ist (242). Daß das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis kam, die ihm vorliegende Aufforderung zum Boykott erfülle den Tatbestand einer unerlaubten Handlung nicht, lag - was Rinck wohl übersah - aber offensichtlich an anderen Gründen. Es hatte über den Unterlassungsanspruch der Klägerinnen selbst nicht zu befinden, sondern allein über die Verfassungsmäßigkeit des in dieser Sache ergangenen Landgerichtsurteils. Über diese Grenze konnte es nicht hinaus (243). Das Landgericht hatte die Klage jedoch nach § 826 BGB für begründet gehalten und ihr stattgegeben (244). Damit konnte das Bundesverfassungsgericht nur prüfen, ob die Bejahung des § 826 gegen das Grundrecht des Beklagten auf freie Meinungsäußerung verstieß. Der Tatbestand des § 826 verlangt aber Sittenwidrigkeit der Schädigungshandlung. Es ging also darum, ob die Äußerungen des Beschwerdeführers als sittenwidrige Aufforderung zum Boykott aufzufassen waren. Mit der Vermeidung des Sittenverstößes entfiel freilich dann schon die Tatbestandsmäßigkeit. Rincks Meinung liefe aber nun darauf hinaus, auch andere Tatbestände der unerlaubten Handlungen im Falle von Eingriffen aufgrund von Meinungsäußerungen so auszudehnen, daß sie eines Sittenverstößes bedürften. Es geht aber nicht, in sie ein neues Tatbestandsmerkmal hineinzuzinterpretieren, um die Beweislast den Unternehmern zu überbürden. Dafür besteht auch gar kein Bedürfnis, wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht die Freiheit der Meinungsäußerung vermutet (245). Auch das Bundesverfassungsgericht sprach dabei von einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (246).

Damit steht nun jedoch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefundenen Ergebnis, daß die Warenvergleiche im Falle absprechender Kritik sich als unmittelbare Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen und so den Tatbestand der Rechtsverletzung im Sinne von § 823 I erfüllen, nicht entgegen.

4. Rechtswidrigkeit

a) Die Tatbestandserfüllung indiziert auch hier die Rechtswidrigkeit (247).

242) BGHZ 24, 200, 206

243) BVerfGE 7, 198, 213; A. A. Nipperdey DVBl 58, 445, 451

244) BVerfG aaO. S. 201 und 214

245) BVerfG aaO. S. 212

246) BVerfG aaO. S. 198

247) a. A. beim Recht am Gewerbebetrieb Hefermehl GRUR 62, 611, 614; Larenz Bd. II S. 374; dagegen spricht Lehmann, den Larenz aaO. Fußnote 1 für seine Auffassung heranzieht, klar von ausnahmsweisen Rechtfertigungsgründen, die gerade einen Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb rechtfertigen können (§ 234 I 1 b ). Der BGH stellt aber die Verletzung des Gewerbe-

Diese ist daher ausgeschlossen, wenn den Verbraucherverbänden als den Angreifern ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Die Behauptungs- und Beweislast tragen insoweit die Verbraucherverbände. Dieser theoretische Ausgangspunkt erfährt jedoch seine Umkehrung durch die Vermutung, die - wie gesehen - für die Freiheit der Meinungsäußerung spricht, vorausgesetzt, daß nicht in Sonderfällen die Testveröffentlichung in einer Weise geschieht, die erkennen läßt, daß es primär um die Schädigung des Betroffenen und nicht um Meinungsäußerung geht. Nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar scheint es in diesem Zusammenhang, wenn der Bundesgerichtshof (248) ausführt, daß auch eine Boykottaufforderung, die der Verteidigung gesellschaftserhaltender ethischer und sozialer Werte dienen will, "nur in Ausnahmefällen in sehr engen Grenzen durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen als gerechtfertigt angesehen werden" könne.

b) Zu beachten ist nun die Lehre von der Sozialadäquanz (249). Darauf war oben bei I 2 nicht einzugehen, da § 324 ja tatbestandsmäßig auf unwahre Tatsachenbehauptungen beschränkt ist, die gewiß nicht als sozialadäquat angesehen werden können. Sozialadäquate Handlungen sollten zunächst überhaupt nicht den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen (250). Inzwischen halten aber auch Welzel und Nipperdey die soziale Adäquanz für einen "in der sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens wurzelnden (gewohnheitsrechtlichen) Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens" (251). Die Sozialadäquanz wird von Nipperdey als allgemeiner Rechtfertigungsgrund den anderen (besonderen) vorangestellt (252). Sozialadäquat sind Handlungen nach der von Nipperdey (253) übernommenen Definition Wetzels (254), wenn sie "sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden".

Fortsetzung der Fußnote 247 von Seite 76:

betriebs auch insoweit derjenigen der genannten Rechte und Rechtsgüter des § 323 I gleich. Vgl. BGHZ 8, 142, 145, wo es nach Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit heißt: "Dieser Eingriff könnte der Widerrechtlichkeit nur dann entkleidet werden, wenn der Beklagte sich im Rahmen der Wahrnehmung berechtigter Interessen gehalten hätte.

248) BGHZ 24, 200, 206

249) Welzel, S. 76; Enneccerus-Nipperdey § 209 IV B 2b und V; Nipperdey, Zeitungsstreit-Gutachten insbes. S. 39 ff; derselbe NJW 57, 1777

250) Enneccerus-Nipperdey § 209 II

251) so Welzel S. 76; Enneccerus-Nipperdey § 209 V; Niese, Streik ... S. 28 ff; Hueck, Festschrift für Herschel S. 27 ff insbes. 36

252) Enneccerus-Nipperdey § 212 vor I

253) Enneccerus-Nipperdey § 209 V

254) S. 76

Das kann man vom Leistungswettbewerb sagen (255), nicht aber von Warenvergleichen, die gerade durch die Einstellung der herrschenden Meinung zur vergleichenden Werbung entgegengesetzt belastet sind. Letztlich wird man freilich auch die Freiheit der Meinungsäußerung unter dem Grundsatz der sozialen Adäquanz einordnen können (256). Das scheint mir aber ohne Not überkommene Regeln des Privatrechts zu umgehen. Es ist ja nichts gewonnen, wenn man die Frage der Rechtswidrigkeit unter einer anderen Überschrift untersucht. Nur wo die Sozialadäquanz unbezweifelbares Kriterium einer Handlung ist, wie bei den normalen Freiheitsbeschränkungen im Alltagsleben oder auch beim Leistungswettbewerb, ist ihre Heranziehung wertvoll.

c) Auch bei § 823 I BGB gelten nun die oben (257) zum Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen getroffenen Feststellungen. Die Veröffentlichung von Warenvergleichen ist somit dann gerechtfertigt, wenn diese objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen das gebotene Mittel zur Verbraucheraufklärung sind. Ansonsten, was sich auf Einzelfälle beschränken wird, sind sie widerrechtlich. Dabei ist der weitere tatbestandliche Rahmen des § 823 I zu beachten. Handelt es sich um die Mitteilung wahrer Tatsachen, so fällt natürlich die Prüfung der Gutgläubigkeit und damit auch der ausreichenden Sorgfalt weg. Im übrigen gilt insoweit aber auch, daß die Mitteilung vom Vergleichszweck gedeckt sein muß und daß sie in sachlicher Form erfolgen muß.

5. Verschulden

a) Die Publikation von Warenvergleichen wird sich in der Regel als vorsätzliche Störung des schlecht kritisierten Gewerbebetriebs darstellen, denn das Einwirken auf seinen Absatz wird von den Verbraucherverbänden zumindest billigend in Kauf genommen, wenn sie die Verbraucher zu günstigen Kaufentschlüssen beeinflussen wollen. Insofern ist die Schädigung des Unternehmens, dessen Ware schlecht beurteilt worden ist, ja eine unvermeidliche Begleiterscheinung des gewünschten Erfolges. Geschehen die Warenvergleichsveröffentlichungen also rechtswidrig, so werden den geschädigten Hinzugezogenen auch Ersatzansprüche zustehen.

b) Möglich ist aber, daß die Verbraucherverbände bei der Publikation irrig annahmen, unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung gerechtfertigt zu sein (258), ein Fall des Verbotsirrtums also, für den nach Rechtsprechung und herr-

255) Nipperdey NJW 57, 1778

256) Baumbach-Hefermehl Allg. Rdnr. 88

257) vgl. hierzu I 2

258) Der Rechtfertigungsgrund greift dann nicht ein, vgl. BGHZ 3, 270, 281

zu der Lehre des Zivilrechts Vorsatz ausschließt, da dieser nach der allgemeinen Vorsatzlehre bei Unterlassung nicht vorausgesetzt, es sei denn, der Täter habe sich selbst geschädigt (261). Da es aber bei der Abwägung des Interessenwerts der Person im Schadensersatz eine Trennungsfraße handelt, streichen bereits die Wertungsfaktoren nicht auf Rechtmäßigkeit zu beruhen. Das weicht für § 223 I Satz 1 abgesehen davon, dass die Frage, ob die eigentliche Schadensfrage (261) auch im Verhältnis des Verschuldens vorzuziehen ist (261) hier seine Rolle. Gemäßhaft – nach der Vorsatzlehre fahrlässig – handelt jedenfalls derjenige, der bei Ausübung einer Kraft die Chance in der Unterlassung eines Vorsatzes seine gewinnen können (262).

Zur Folgerung aus der Lehre des Vorsatzes, der sich nicht allein auf Fahrlässigkeit bezieht, handelt es sich, weil die bei Verschuldensschuldliche Sorgfalt weiter sein soll (261 § 223 I 2 Satz 1). Die Anforderung an sie ist da niedriger, wo ein Handeln im Rechtsgut der Person eine besondere Sorgfalt mit bringt (263). Das ist bei der Wertungsfraße ohne Zweifel der Fall. Auch wenn im Zivilrecht das Verschuldensprinzip (264) in der objektiven Betrachtung wird (264), darf von der Vermeidung der Schadensvermeidung nicht verlangt werden. Eine Nachprüfung der Daten kann, wenn die Vermeidungsmöglichkeit nicht als hinderlich verlangt werden, falls die Prüfung nicht weiter durchgeführt ist, obwohl gesetzlich eine eigene Prüfungspflicht besteht. Wenn jemand Täter herausbringen will, muss er, nach dem Vermeidungsverbot, die zur Vermeidung einer Fahrlässigkeit beauftragt, aber auch bei rechtlichen Problemen verpflichtet, sich nach dem Rat zu wenden. Und wie das sein, so was ein dadurch verursachter Schaden verursacht. Es ist wohl nicht möglich, dass die Vermeidung eines Schadens durch eine Unterlassungspflicht zu verlangen, da Ansprüche ja nicht wegen der Vermeidung der Schadensvermeidung und Vermeidung entstehen, sondern nur wegen der Art, in der dies geschieht.

261) Folgt die Verschuldenslehre des Vorsatzes in eigenen Interessen durch, so wird der Ausgangspunkt für die Bewertung ihrer Sorgfaltspflicht sein, dass sie Aufgaben der Vermeidung haben, wenn sie nicht gewachsen sind. Improvement der Lehre

262) RGZ 12, 4, 80ff; Verh. R. 10, 361; RGZ Anm. 6 zu § 223 BGB; Palandt-Gramm Anm. 2 zu § 223 BGB; Larenz Bd. 19, 264; Larenz 1, 136 f

263) vgl. BGHSt 2, 194 ff

264) Enneccerus-Nipperdey § 215 III zu § 223 (Hb)

262) RGZ 68, 481, 487; BGHZ 3, 270, 281; LM Nr. 2

263) RGZ 147, 353, 356; Möhring MA 62, 967, 976

264) fast allgemeine Meinung; vgl. A. A. Enneccerus-Nipperdey § 215 III, die aber Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht als Schadensvermeidung ansehen und die Fahrlässigkeit auch objektiv bemessen, § 211 I 3

rigkeit der Prüfungen wird deshalb ein besonders hohes Maß an Sorgfalt in Übernahme und Ausführung zu fordern sein (265). In aller Regel wird deshalb eine nicht durch Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigte Warenvergleichsveröffentlichung zumindest fahrlässig sein.

6. Die Beweislast trägt nach der allgemeinen Verteilung der Kläger für die klagebegründenden Tatsachen, also den unmittelbar störenden Eingriff in den Gewerbebetrieb beim Schadensersatzanspruch, das Verschulden und den Eintritt und die Höhe des erwachsenen Schadens bzw. beim Unterlassungsanspruch die unmittelbare Gefahr der Verletzung oder beim Beseitigungsanspruch die fortdauernde Beeinträchtigung. Die Verbraucherverbände haben dagegen zu beweisen, daß ihrer Handlung ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Das berechtigte Interesse der Verbraucher braucht dabei allerdings nicht bewiesen zu werden (266). Daß dieses Interesse dann aber in unzulässiger Weise wahrgenommen ist, hat - es handelt sich ja um eine Ausnahme - derjenige zu beweisen, der sich auf das Vorliegen der Ausnahme beruft (267). Für solche Umstände obliegt der Beweis daher nicht den Verbraucherverbänden, sondern dem klagenden Unternehmer. Die Verbraucherverbände brauchen daher nicht den Beweis für die Mangellosigkeit des Vergleichs erbringen.

IV. § 826 BGB

Als Anspruchsgrundlage bleibt noch § 826 zu prüfen. Da aber eine Anwendung des § 823 I auf die Warenvergleiche nicht wegen mangelnder Tatbestandsmäßigkeit ausscheidet, sondern nur eventuell die Rechtswidrigkeit oder das Verschulden fehlen wird, gelangt § 826, der für den Kläger ungünstiger ist, praktisch nicht zu großer Bedeutung.

1. Die Schädigung des klagenden Unternehmers vorausgesetzt ist der Tatbestand des § 826 dann erfüllt, wenn die Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt ist. Sittenwidrig ist ein Handeln, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (268). Das ist zwar

265) Im Falle der Beauftragung eines Prüfinstituts ist eine Haftung der Verbraucherverbände nach §§ 278, 831 BGB meines Erachtens schon deshalb nicht möglich, weil die schädigende Handlung nicht durch die Prüfinstitute erfolgt; im Ergebnis ebenso Rinck BB 60, 949, 952. Für negatorische Ansprüche hat das natürlich keine Bedeutung.

266) Helle NJW 62, 1177, 1180

267) BGHZ 25, 115, 121

268) RGZ 48, 114, 124 f

nach den konkreten Umständen des Einzelfalles festzustellen (269). Für die Warenvergleiche läßt sich aber doch eine allgemeine Entscheidung fällen. Wie die Erfüllung des Tatbestands des § 826 per se rechtswidrig ist (270), so verstößt ein rechtmäßiges Handeln nicht gegen die guten Sitten, denn das vom Gesetz erfaßte Anstandsverlangen geht nicht über die allgemeinen Normen der Rechtmäßigkeit hinaus. Ist also das Handeln der Verbraucherverbände durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt, so ist die Sittenwidrigkeit der Handlung mit der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Dann sind auch aus § 826 keine Ansprüche gegeben. Da die Testveröffentlichungen nun stets in Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen (271), sind sie nur dann rechtswidrig, wenn sie die Grenzen dieses Rechtfertigungsgrundes übertreten, wenn die Warenvergleiche also nicht genügend sorgfältig und gewissenhaft erstellt und publiziert sind. Die Warenvergleiche bringen nun für die betroffenen Unternehmer eine große Gefahr mit sich. Den Verbraucherverbänden obliegt daher, wenn sie sich mit Erfolg auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen sollen können, eine strenge Sorgfaltspflicht. Sie stehen auch nicht unter zeitlichem Druck, sondern können gewissenhaft vorgehen. Haben sie das in Anbetracht der gefahrbringenden Tätigkeit unterlassen, so ist die Handlung nicht nur rechtswidrig, sondern sie verstößt dann zugleich gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, das eine besonders vorsichtige Ausübung eines so weitgehenden Eingriffsrechts verlangt. Sittenwidrigkeit wird dann also immer vorliegen, wo ein Warenvergleich nicht durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt ist, so daß die Anspruchsgrundlagen des § 826 BGB und des § 823 I sich insoweit decken. Man wird folglich Helles Ansicht, die Pflichten zur Gewissenhaftigkeit und Sorgsamkeit bei der Erstellung des Warenvergleichs müßten besonders gröblich verletzt sein, damit ein Verstoß gegen die guten Sitten angenommen werden könne (272), ablehnen müssen. Zu weit wird Helle andererseits gehen, wenn er dann Sittenwidrigkeit der Testveranstaltung annimmt, wenn die Nummer der Zeitschrift dem gut besprochenen Unternehmer in größerer Menge verkauft oder angeboten wird (273). Die Testveröffentlichung geschieht damit nicht schon zu Wettbewerbszwecken, da die Verbraucherverbände auch dann nur verstärkte Kundenaufklärung beabsichtigen. Helles Unterstellung, es handle sich dabei um För-

269) Erman-Drees Anm. 2 b zu § 826 BGB; Soergel-Siebert-Schräder Rdnr. 5 zu § 826 BGB

270) ständ. Rspr., vgl. RGZ 155, 59; Enneccerus-Lehmann § 236 II 4; Erman-Drees Anm. 4 zu § 826 BGB; Soergel-Siebert-Schräder Rdnr. 11 zu § 826 BGB; RGRK Anm. 17 zu § 826 BGB; Palandt-Gramm Anm. 2 a zu § 826 BGB

271) vgl. oben I 2

272) NJW 62, 1177, 1180

273) aaO.

derung gegen die guten Sitten verstoßender vergleichender Werbung wird unten (274) noch behandelt werden.

2. § 826 würde trotzdem nur in seltenen Fällen durchgreifen, wenn der Vorsatz wie bei § 823 I die Verbotskenntnis umfassen müßte, denn dann würde ein - sei es auch in vermeidbarer Weise angenommenes - Recht zur Veröffentlichung des betreffenden Tests Schadensersatzansprüche ausschließen. Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit ist in § 826 aber nicht erforderlich (275). Vielmehr reicht es aus, wenn der Täter die Tatumstände kannte, die sein Verhalten dem Richter als sittenwidrig erscheinen lassen. Der Vorsatz entfällt dagegen, wenn die irrige Annahme der Erlaubtheit der Aussage auf einem Irrtum über Tatsachen beruht (276). Schadensersatzansprüche aus § 826 würden folglich ausscheiden, wenn die Verbraucherverbände irrig von falschen Angaben ausgegangen wären. Dann wäre die Handlung aber oft schon nicht sittenwidrig, weil sich die Verbraucherverbände dann mit Erfolg auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen können. Für das Verschulden reicht bedingter Vorsatz hinsichtlich der Schadenszufügung wie bei § 823 I aus (277).

In Einzelfällen können betroffene Unternehmer also auch aus § 826 BGB gegen die Verbraucherverbände vorgehen.

4. ABSCHNITT: DIE DEN HINZUGEZOGENEN UNTERNEHMERN ERWACHSENEN ANSPRÜCHE

I. Allgemeines

1. Nach dem im 3. Abschnitt Erörterten können dem betroffenen Unternehmer Ansprüche aus den §§ 824, 823 I und 826 BGB erwachsen.

2. Die Rechtsfolgen des sich als unerlaubte Handlung darstellenden Warenvergleichs sind verschieden je nach der Situation, in die er den Betroffenen versetzt: Ihn kann ein Schaden zugefügt worden sein, so wenn der Test schon veröffentlicht ist und zu einem Absatzrückgang geführt hat oder der Rückgang nur durch erhöhte Werbungsausgaben aufgehalten werden konnte. Die Reaktion ist dann der

274) vgl. 4. Teil 2. Abschnitt III 1

275) RGZ 123, 271, 278 f; Enneccerus-Lehmann § 236 II 3 c; Esser S. 198; Palandt-Gramm Anm. 3 b zu § 826 BGB

276) RGZ 159, 211, 227

277) vgl. hierzu III 5 a

Anspruch des Geschädigten auf Ersatz des Schadens. Die Beeinträchtigung kann auch in der Gegenwart liegen, wenn der veröffentlichte Warentest zur fortwirkenden Quelle weiterer Schädigung wird, dergestalt daß die in ihm getanen Äußerungen auch gegenwärtig noch Kunden abhalten. Dann besteht ein Beseitigungsanspruch. Schließlich ist noch möglich, daß die Schädigung für die Zukunft droht, sei es daß ein einmal veröffentlichter Test wieder publiziert werden soll, sei es, daß er erstmals herauskommen wird. Voraussetzung ist natürlich hier, daß der Nachweis der Schädigungsgefahr erbracht wird. Rechtsfolge ist dann ein Unterlassungsanspruch. Diese drei Möglichkeiten stehen einander nicht ausschließlich gegenüber (278). Erst die Summierung der Ansprüche vervollkommen den Rechtsschutz des Betroffenen.

3. Ein Verschulden verlangt nur der Schadensersatzanspruch, der den Verpflichteten ja auch am stärksten belastet. Für die Abwehransprüche, die dem Verpflichteten lediglich eine unerlaubte Handlung verbieten oder einen rechtswidrigen Zustand beseitigen oder ihm vorbeugen, ist dagegen ein Verschulden nicht erforderlich (279).

II. Der Schadensersatzanspruch

1. Sein Ziel ist nachträglicher Ausgleich. Sein Umfang bemißt sich nach §§ 249 ff BGB. Zu ersetzen ist regelmäßig der gesamte Schaden, der dem Ersatzberechtigten durch den von dem Ersatzverpflichteten zu verantwortenden Vorgang entstanden ist (280) und zwar unabhängig vom Grad des Verschuldens oder etwa sonst noch mitwirkender Ursachen.

2. Nach § 249 Satz 1 haben die Verbraucherverbände den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Warenvergleich bezüglich des Geschädigten nicht erfolgt wäre. Dann wäre die betroffene Ware nicht kritisiert worden, die Verbraucher hätten sich dann nicht ein negatives Urteil über sie gebildet.

a) Die Pflicht zur Naturalrestitution erlegt den Verbraucherverbänden auf, den früheren Ruf der Ware durch Zurücknahme der herabsetzenden Äußerungen wiederherzustellen, ein Ergebnis, das die Unternehmer einfacher im Rahmen des Beseitigungsanspruches (281) erreichen können.

278) Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 26

279) allg. Meinung; vgl. RGZ 60, 6, 7; Enneccerus-Lehmann § 252 I 3

280) Larenz Bd. I S. 145

281) vgl. unten III

b) Die Wiederherstellung des Rufes der Ware wird aber häufig nicht vollkommen gelingen. Einmal dringt Kritik meist stärker in das Bewußtsein der Empfänger ein als ihr Widerruf, zum anderen bleibt für eine Rufwiederherstellung praktisch kein Raum, wo das bei den Verbrauchern hervorgerufene Urteil ganz oder doch im wesentlichen dem tatsächlichen Wert der Ware entspricht und der Warenvergleich nur wegen eines Vergreifens im Ton oder einer kleineren Überschreitung der Grenze des zur Interessenwahrnehmung Erforderlichen rechtswidrig ist. Dann kommt nur Geldersatz infrage (§ 251 I), dessen Bemessung freilich große praktische Schwierigkeiten mit sich bringt, da er seinem Wesen nach den Schaden auszugleichen hat, der der zukünftigen Absatzminderung entspricht, soweit diese nicht mehr abzuwenden ist. Dabei wird im Einzelfall auch das zeitliche Ausmaß der Schädigung des Warenrufes zu beachten sein. Der Schadensersatzanspruch soll ja nicht eine Art Altersversorgung für den Betroffenen sein.

c) Auch damit ist die Wiedergutmachung nicht lückenlos. Ungedeckt ist bisher nämlich noch derjenige Schaden, der von der Veröffentlichung des schädigenden Warenvergleichs bis zu dem Versuch, den Ruf der kritisierten Ware wiederherzustellen, als Absatzausfall eingetreten ist. Hier kann eine Zurücknahme nicht wirken, weil die Käufer ihren Bedarf schon auf andere Produkte ausweichend gedeckt haben. Diesen entgangenen Gewinn können die Unternehmer so weit als Schadensersatzanspruch geltend machen, als er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen erwartet werden konnte (§ 252 BGB). Gewöhnlich wird er sich etwa mit der Differenz des Umsatzes vor und des nach der Vergleichsveröffentlichung decken.

d) Zu ersetzen sind endlich auch diejenigen Aufwendungen, die der Verletzte zur Abwendung des drohenden Nachteils für zweckmäßig halten durfte (282), Werbungskosten also, die der Vermeidung oder der Beschränkung des Schadens dienten.

3. Dieses Ergebnis muß nun aber Bedenken begegnen. Es ist dort unbillig, wo ein Eingriff knapp über die Grenze des Zulässigen hinausgeht. Die Folge der Rechtswidrigkeit trifft ihn genauso wie erhebliche Überschreitungen. Ein Eingriff, der an sich nicht zu beanstanden wäre, kann dann allein wegen verletzender Form zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichten. Ein Beispiel möge das veranschaulichen:

282) RG HRR 1929 Nr. 1093; OLG München Seuff. Arch. 71 Nr. 251; Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre ... S. 10

a) Haben die Verbraucherverbände in einem Test sowohl das Waschpulver des Unternehmers X als auch das des Y entsprechend dem tatsächlichen Wert im Vergleich zu anderen etwa gleich schlecht besprochen, bei dem des X aber hinzugefügt: "Eine ordentliche Hausfrau wird schon von der schreiend roten Farbe dieses Waschmittels abgestoßen", so mag die Besprechung des Y-Pulvers rechtmäßig sein, die des X-Pulvers ist es sicherlich nicht. Ist beiden Unternehmern ein erheblicher, ungefähr gleich großer Schaden entstanden, so könnte X ihn ganz ersetzt verlangen, ein Anspruch des Y bestünde dagegen nicht. Das ist unbillig, sowohl gegenüber den Verbraucherverbänden als auch dem Y gegenüber.

b) Stellen die Verbraucherverbände fest, daß sie gegenüber X doch zu weit gegangen sind, so können sie in einer Publikation an die gleichen Adressaten berichtigen, etwa indem sie schreiben, die rote Farbe hätte natürlich keine Nachteile, vielmehr wäre sie geeignet, die leidige Wascharbeit heiterer zu gestalten. Ansonsten seien die Äußerungen des Tests aber in Ordnung. Damit setzten die Verbraucherverbände nun eine neue Schadensursache, unterbrächen also die Kausalität des ursprünglichen Vergleichs. Der zukünftige Schaden, der sich vielleicht nur wenig geändert haben würde, brauchte dann nicht mehr ersetzt zu werden, da er auf einem gerechtfertigten Eingriff beruhen würde. Nur der zwischenzeitliche Schaden wäre widerrechtlich herbeigeführt. Dieses Verfahren ist ebenfalls nicht dazu angetan, den Grundsatz der Wiedergutmachung des ganzen Schadens bei den Warenvergleichen zu unterstützen.

c) Eine Zurücknahme sachlich begründeter Äußerungen wäre schließlich gerade für die Verbraucherverbände ganz unzumutbar. Eine dahingehende Verurteilung verstieße auch zweifellos gegen Art. 5 GG. Grotesk mutet auch die Überlegung an, daß der geschädigte Unternehmer mittels eines Schadensersatzanspruches die wirkliche Qualität seiner Ware, die durch einen Vergleich aufgedeckt wurde, auf Kosten der Verbraucherverbände wieder verschleiern könnte.

4. Es muß also gesucht werden, wie sich die Schadensersatzpflicht beschränken läßt, um eine billige Lösung herbeizuführen.

a) Eine Beschränkung ist nicht dadurch möglich, daß man den Eingriff der Verbraucherverbände in einen rechtmäßigen und einen unrechtmäßigen Teil zerlegt und die Haftungsfolge nur an den letzteren knüpft. Die Veröffentlichung der Warenvergleiche ist im Hinblick auf jeden hinzugezogenen Unternehmer hinsichtlich der ihn betreffenden Äußerungen eine einzige, einheitliche Handlung, die demzufolge nur einer einheitlichen rechtlichen Bewertung unterliegen kann. Der Leitsatz des BGH (283), daß "ein ... Eingriff ... nur insoweit vertragswidrig und 283) NJW 56, 1106

nicht rechtswidrig" sei. "als die Einwilligung ... reicht", stützt eine andere Auffassung nicht. Auch er will nicht daran rütteln, daß - sobald das Ausmaß des Erlaubten überschritten ist - der ganze Eingriff rechtswidrig wird (284). Die Unbilligkeit rührt nur daher, daß der Rechtfertigungsgrund der Interessenabwägung eine scharfe Trennung tatbestandsmäßig sehr ähnlicher Fälle in erlaubte und unerlaubte bewirkt.

b) Genauso wie die Widerrechtlichkeit erlaubt auch das Verschulden keine Einschränkung der Schadensersatzpflicht, da dieses sich ebenfalls auf die gesamte Handlung bezieht und der Täter deshalb von deren Folgen nicht insoweit befreit werden kann, als er die Handlung für erlaubt hielt und das auch tun durfte.

c) Auch mittels der Kausalität - der Schaden wäre ja freilich auch eingetreten, wenn sich die Handlung im Bereich des Erlaubten gehalten hätte - läßt sich ein gerechtes Ergebnis nicht erreichen, denn adäquat kausale Folge der Veröffentlichung ist der ganze entstandene Schaden. Als hypothetische Schadensursache kann die tatsächlich schlechte Qualität der Ware nicht berücksichtigt werden (285), da diese erst wegen der Offenlegung durch die widerrechtliche Handlung der Verbraucherverbände überhaupt gewirkt hat und sonst - wie an der Vergangenheit zu zeigen ist - nicht in Wirkung getreten wäre. Von einem notwendigen Zusammenwirken der Kritik und der schlechten Qualität der Ware kann desgleichen nicht gesprochen werden, weil die Kritik ihre Wirkung unabhängig von ihrer sachlichen Begründetheit zeitigt.

d) Im Rahmen der Schadensberechnung darf auch nicht berücksichtigt werden, daß die Ware wegen ihrer schlechteren Qualität gerade für absprechende Kritik anfällig war und daß deshalb nur ein sehr geringer Schaden eingetreten wäre (286). Der Schaden wäre ja ohne die Handlung der Verbraucherverbände vielleicht nie eingetreten.

e) Ein mitwirkendes Verschulden des Unternehmers würde die Haftung der Verbraucherverbände gemäß § 254 BGB mindern. Es wäre dann gegeben, wenn der Geschädigte die Sorgfalt außer acht gelassen hätte, die im Verkehr erforderlich ist, um sich selbst vor Schädigungen zu bewahren (287). Man kann aber keinem Unternehmer einen Vorwurf daraus machen, daß er schlechtere Ware her-

284) Auch der Notwehrexzeß macht ja die ganze Handlung rechtswidrig, § 53 III StGB

285) vgl. BGH JR 52. 70; LM Nr. 3 zu § 826 BGB (Gb); Enneccerus-Lehmann § 15 III 5

286) Larenz Bd. I S. 160

287) Larenz aaO. S. 167

stellt als sein Konkurrent. Meistens wird er ja trotzdem sein Bestes geleistet haben. Für ein eigenes Verschulden ist deshalb kein Raum. Gegen sein eigenes Interesse würde ein Unternehmer in dieser Hinsicht nur handeln, wenn er öffentlich verkünden würde, seine Ware sei schlechter als die der Konkurrenten. Das tut er aber nicht. Im Gegenteil: er wird diesen Mangel zu verbergen suchen. Ein Ansatzpunkt für ein eigenes "mitwirkendes Verschulden" etwa in Gestalt der Verletzung einer Obliegenheit gegen sich selbst, ist folglich nicht gegeben.

f) Im Verhältnis zwischen Ersatzberechtigtem und -verpflichtetem gilt § 242 BGB, der nach seiner Ausgestaltung durch Lehre und Rechtsprechung nicht nur die Leistung des Schuldners, sondern auch das Recht des Gläubigers betrifft (288). Damit hat auch der Unternehmer bei der Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches den Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr zu beachten. Hiergegen verstößt er nun, wenn er einen Schaden ersetzt verlangt, den die Verbraucherverbände ihm erlaubterweise hätten zufügen dürfen. Insoweit steht ihm nur ein formelles Recht zur Seite und seine Forderung wäre deshalb rechtsmißbräuchlich. Er kann deswegen nicht verlangen, so gestellt zu werden, als wären die Verbraucher über die schlechte Qualität seiner Ware noch im Unklaren. Die mangelnde Kenntnis des Publikums hiervon ist ja nicht ein Recht des Unternehmers, sondern nur eine tatsächliche Chance, die nach dem Sinn der marktwirtschaftlichen Ordnung ihrem Ende zu tendiert. Er kann folglich nur fordern, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die Umstände, die den Eingriff in sein Unternehmen unzulässig gemacht haben, unterblieben wären.

5. Die Höhe des Schadens hat nach allgemeinen Grundsätzen der klagende Unternehmer zu beweisen. Daß er nicht den ganzen ihm entstandenen Schaden ersetzt verlangen kann, beruht auf der Einrede der Verbraucherverbände, er übe sein Recht in unzulässiger Weise aus. Deshalb trifft die Verbraucherverbände die Beweislast für den Umfang des Schadens, den sie zufügen hätten können, ohne gegen den Grundsatz der Interessenabwägung zu verstoßen.

III. Der Beseitigungsanspruch

1. Sein Ziel ist die Beseitigung einer "fortwirkenden widerrechtlichen Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage" (289). Da es sich beim Beseitigungsanspruch nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, kann mit ihm kein Geldersatz verlangt werden, sondern erreichbar sind immer nur solche Handlungen des Störers, die "geeignet sind, eine von ihm selbst geschaffene, fortbeste-

288) Larenz aaO. S. 104

289) RGZ 148, 114, 123; ebenso 163, 210, 214 f; BGH NJW 58, 1043

hende tatsächliche Lage, die zur Quelle weiterer Schäden wird, zu beseitigen" (290). Fortdauer kann man bei Veröffentlichungen in der Presse in der Regel annehmen (291).

2. Voraussetzung für das Bestehen eines Beseitigungsanspruches ist nicht eine verletzende Handlung, sondern ein objektiv widerrechtlicher, schadenbringender Zustand. Deshalb ist hier die Begrenzung des Anspruches nicht schwierig. Widerrechtlich ist der Zustand insoweit, als er nicht durch das - fortwirkende - Eingriffsrecht der Verbraucherverbände gedeckt ist. Mit dem Beseitigungsanspruch ist also von vornherein nur der Exzeß zu fassen.

3. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen schließt den Beseitigungsanspruch hinsichtlich solcher Umstände nicht aus, die die Verbraucherverbände nicht setzen durften und aus denen dem Betroffenen Schaden entsteht. Sie schließt aber auch die Beseitigung der gesamten Äußerung nicht aus, wenn an der Aufrechterhaltung in der Gegenwart ein berechtigtes Interesse der Verbraucherverbände, welches anfangs bestanden hat, nicht mehr besteht, nachdem sich herausgestellt hat, daß die Tatsachen der Wahrheit nicht entsprochen haben (292) oder die gefolgerten Werturteile unrichtig waren, denn auch dann ist der bestehende Zustand rechtswidrig, da die Grundlagen des Rechtfertigungsgrundes in der Folgezeit weggefallen sind. Dagegen kann man nicht argumentieren, die Erweislichkeit der verletzenden Behauptung wäre für die Verletzung des Rechts am Unternehmen belanglos und deshalb könne der Beweis der Unwahrheit den Einwand der Wahrnehmung berechtigter Interessen gegen die Geltendmachung negatorischer Ansprüche nicht entkräften (293). An der Aufrechterhaltung einer als unwahr erwiesenen verletzenden Behauptung kann kein berechtigtes Interesse bestehen, da dem Zweck der Verbraucheraufklärung nicht gedient wird, andererseits aber das Prinzip der Güterabwägung zugunsten des betroffenen Unternehmers den Ausschlag geben muß. Wenn auch der Täter rechtsgemäß gehandelt hat und dann keine neue Lage geschaffen hat, so kann das den Beseitigungsanspruch nicht ausschließen (294), da es für diesen nicht entscheidend auf die frühere, sondern auf die derzeitige Lage ankommt. Den "Verbreitungsstand der unwahren Behauptung" (295) zu beseitigen ist dem Täter auch zumutbar, denn einmal kann das nur er und nicht auch der Verletzte, zum anderen geht die Schädigung ja von seinem Irrtum aus.

290) Larenz Bd. II S. 421

291) Helle NJW 62, 1177, 1180

292) BGH NJW 58, 1043; JZ 60, 701, 702; Ulmer ZAKDR 36, 535, 539

293) so Helle NJW 62, 1177, 1180

294) BGH JZ 60, 701, 702; a.A. KG DRZ 50, 419

295) Ulmer ZAKDR 36, 535, 539

So bewahrt die Gutgläubigkeit bei sorgfältigem Verfahren die Verbraucherverbände zwar vor Ersatzansprüchen, der Beseitigungsanspruch ist aber trotzdem begründet (296). Insoweit wird also doch die Richtigkeit an Stelle der Gutgläubigkeit zur Voraussetzung der Unanfechtbarkeit der abgeschlossenen Vergleichshandlung.

4. Da der Widerruf geeignet und notwendig sein muß, die jetzt noch vorhandene Beeinträchtigung zu beseitigen oder zu mindern (297), sind bloße formale Herabsetzungen ihm schon ihrer Natur nach nicht zugänglich (298). Der Anspruch auf Widerruf soll ja dem Verletzten nicht Genugtuung verschaffen. Er muß sich nach Form und Inhalt im Rahmen dessen halten, was zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes erforderlich ist (299). Soweit es sich um reine Werturteile handelt, wird von der Rechtsprechung kein Widerruf gewährt (300), denn das Recht kann einen Zwang zum Widerruf von Ansichten und Überzeugungen nicht zulassen.

5. Beseitigung kann also stets dort verlangt werden, wo - schädigende Fortwirkung vorausgesetzt - Warenvergleiche absprechende Kritik in Form von falschen Tatsachen und unrichtigen, also auf Tatsachen beruhenden, Werturteilen enthalten. Unsachliche Form der Äußerungen ist einem Widerruf dagegen nicht zugänglich. Der Widerruf muß gegenüber den Empfängern der ersten Veröffentlichung erfolgen. Die Vollstreckung des zu ihm verurteilenden Erkenntnisses erfolgt nach § 888 ZPO.

6. Das angemessene Mittel zur Beseitigung wird sein, daß die Verbraucherverbände in der Verbraucher Rundschau (301) mitteilen, was in dem genau zu bestimmenden Test über die Ware des betreffenden Unternehmers unrichtig ausgesagt wurde. Im allgemeinen wird die Beseitigung allerdings erst vollkommen sein, wenn damit eine Richtigstellung verbunden ist (302), die Veröffentlichung der zutreffenden Äußerung also, denn sonst könnte die Ware dieses Unternehmers zu gut besprochenen des Warenvergleichs weiterhin ungerechtfertigterweise im Rückstand bleiben. Die Pflicht zur Richtigkeit beruht darauf, daß es im Warenvergleich ja gerade auf das Abschneiden gegenüber den Konkurrenzprodukten ankommt, so daß eine Äußerung hinsichtlich ihrer Wirkung nur im Zusammen-

296) Für die Unterlassungsklage tritt diese Problematik nicht auf, da dann die Rechtmäßigkeit des drohenden Eingriffs ausscheidet.

297) RG GRUR 41, 53, 55; BGH NJW 58, 1043 f

298) BGHZ 10, 104 ff; OLG München HRR 42, Nr. 200

299) OGHZ 1, 182, 192

300) BGHZ 10, 104, 106 f

301) Der Widerruf soll ja den gleichen Leserkreis erreichen, den der rechtswidrige Test ansprach; ebenso Helle NJW 62, 1177, 1181.

302) so auch Helle aaO.

hang mit den die übrigen Unternehmer betreffenden Aussagen gewürdigt werden kann.

7. Eine besondere - dem hier besprochenen Beseitigungsanspruch allerdings wesens- verschiedene - Beseitigungsmöglichkeit bietet das Instrument der von Rechtswidrigkeit und Verschulden unabhängigen Gegendarstellung im Presserecht gemäß §§ 11 Reichspressegesetz, 10 Bayerisches Pressegesetz vom 3.10.49, § 10 des Hessischen Landespressegesetzes vom 20.11.58 (303). Die Verbraucher Rundschau ist ja eine periodisch erscheinende Zeitschrift.

a) Gegendarstellungen sind nicht auf den Bereich der persönlichen Ehre beschränkt (304). Sie dienen der Verhinderung von Schäden, die aus öffentlich aufgestellten unrichtigen oder einseitigen Darstellungen entstehen, wenn ihnen nicht widersprochen wird. Das Institut der Gegendarstellung hat deshalb bewußt formalen Charakter. Es will nicht die materielle Wahrheit ermitteln (305). Der Betroffene braucht daher nicht Beweis für die Unwahrheit der Erstmitteilung zu erbringen. Er braucht auch die Richtigkeit seiner Gegendarstellung nicht zu beweisen (306). Der Pflicht zur Gegendarstellung unterliegen in vollem Umfang auch wissenschaftliche Zeitschriften, ohne daß hierdurch das Grundrecht der Freiheit der Wissenschaft berührt würde (307). Es wird den Verbraucherverbänden ja damit nicht verboten, ihren Warenvergleich zu verbreiten, sondern sie werden nur verpflichtet, auch die Ansicht des Betroffenen abzudrucken.

b) Ein Anspruch auf Gegendarstellung steht nur dem individuell Betroffenen zu (308), der dazu noch ein rechtlich beachtliches Interesse am Abdruck einer Gegendarstellung haben muß. Hieran sind geringere Anforderungen zu stellen als an ein berechtigtes Interesse (309). Nur in Hessen ist das letztere erforderlich. Beides wird aber bei einem Unternehmer, dessen Ware schlecht besprochen worden ist, stets vorliegen (310).

303) vgl. Löffler Presserecht S. 190 ff; derselbe BB 56, 356 ff

304) Löffler BB 62, 82, 83

305) Löffler BB 62, 82, 83

306) § 10 Hess. LPrG verlangt dagegen Wahrheit der Gegendarstellung.

307) Löffler aaO.

308) Löffler aaO.

309) Löffler aaO. S. 84

310) so auch OLG Stuttgart im Fall eines Warenvergleichs in einer Verbraucherzeitung, BB 62, 1134

c) Die Gegendarstellung wird aber nur gegen Tatsachenmitteilungen und nicht auch gegen Werturteile gewährt.

d) Die Durchsetzung des Anspruches auf Gegendarstellung ist strafrechtlich und zivilrechtlich mittels Beugestrafe möglich (311). Auch das Verfahren der einstweiligen Verfügung wird dafür zugelassen (312), da die Gegendarstellung nicht unbedingt endgültig sein müsse. Den Verfügungsgrund hält das OLG Stuttgart zutreffenderweise bei Warentests dann für vorliegend, wenn glaubhaft dargetan ist, daß die Durchführung des Verfahrens in der Hauptsache infolge dadurch eintretender Verzögerungen die Gefahr einer schwerwiegenden Ruf- oder Vermögensschädigung für den Betroffenen herbeiführen würde und wenn dieser seinerseits das Zumutbare getan hat, um den anderen Teil zum baldigen Abdruck zu veranlassen (313).

IV. Der Unterlassungsanspruch

1. Ziel des Unterlassungsanspruchs ist Schadensverhütung. Die Rechtsprechung gewährt ihn allgemein bei Gefährdung von Rechtsgütern durch objektiv rechtswidrige Eingriffe analog §§ 12 Satz 1, 862 I 2, 1004 I 2 BGB (314).

2. Voraussetzungen, die bei Schluß der letzten Tatsachenverhandlungen vorliegen müssen, sind eine künftige rechtswidrige Störung und ein Rechtsschutzbedürfnis.

a) Eine künftige widerrechtliche Störung liegt vor, wenn ein tatbestandsmäßiger, rechtswidriger Eingriff in die Rechtsgüter des ansprucherhebenden Unternehmers zum ersten Mal oder als Wiederholung bevorsteht. Das ist auch dann der Fall, wenn die Verbraucherverbände zwar bei der Veröffentlichung des Tests in Wahrnehmung berechtigter Interessen handeln würden, Behauptungen aber unwahr oder nachprüfbar Urteile unrichtig sind. Dann bestünde zwar nachträglich möglicherweise kein Schadensersatzanspruch, eine Wahrnehmung berechtigter Interessen schieße jedoch für die Zukunft aus, da im Zeitpunkt der Veröffentlichung ja die Unwahrheit nachgewiesen wäre (315). Nur dann, wenn die Angaben richtig sind, wird der Zweck des Warenvergleichs, den Verbraucher aufzuklären, ja erreicht.

b) Das Erfordernis eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses gründet sich auf § 259 ZPO, da die Unterlassungsklage das Begehren um Verurteilung zu künftiger

311) Löffler aaO. S. 85

312) OLG Stuttgart BB 62, 1134; Löffler aaO. S. 85

313) aaO.

314) RGZ 60, 6 f; 61, 366, 369; 156, 372, 374; 166, 150, 156; BGHZ 30, 7, 14

315) vgl. RGZ 124, 253, 260; 140, 392, 402; BGH GRUR 51, 283, 285

Leistung zum Gegenstand hat (316). Grundsätzlich verlangt die Rechtsprechung darum das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr (317). Da sich die Warenvergleiche in der Regel in einer einmaligen Veröffentlichung erschöpfen, wird eine Wiederholung kaum infrage kommen. Dann ist aber auch eine Wiederholungsgefahr ausgeschlossen. Wenn davon ausgegangen wird, daß sie bei Druckschriften nicht schon dann ausscheide, wenn erneute Veröffentlichung nicht zu besorgen sei, weil der Verletzer alte Stücke erneut versenden oder die Äußerung mündlich wiederholen könne (318), so trifft das doch wohl nicht auf den Fall der Warentests der Verbraucherverbände zu. Die Verbraucher Rundschau wird ja nur an Abonnenten und nur mittels Postversand verteilt. Dies wird aber vor der Entscheidung schon beendet sein. Weitere Verbreitungshandlungen durch die Verbraucherverbände drohen dann regelmäßig nicht mehr. Daß die Wiederholung eines Warenvergleichs allerdings schon vorkommen kann, zeigt der Bügeleisentest (319). Auf Gleichlaut kommt es dabei ja nicht an. Vielmehr genügt die Gefahr eines ähnlichen Mißbrauchs (320). Die Beweislast für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr trägt der Kläger (321).

Neben dem Vorliegen einer Wiederholungsgefahr ist das Rechtsschutzbedürfnis jedoch auch gegeben, wenn eine Verletzung unmittelbar und ernsthaft zum ersten Male droht (322). Dem wird im Hinblick auf die Warenvergleiche größere Bedeutung zukommen, da ja die Verbraucherverbände den hinzugezogenen Unternehmen in der Regel die Durchführung des Tests bekanntgeben.

3. Der Anspruch geht auf Unterlassung der drohenden Handlung. Diese ist nicht die Verbreitung des gesamten Warenvergleichs - das gerichtliche Verbot kann ja nur so weit gehen, als es notwendig erscheint, um die drohende Beeinträchtigung zu verhindern (323) - sondern die Aussage über die Ware des klagenden Unternehmers in der geplanten unzulässigen Form. Auch die Hinzuziehung überhaupt nicht vorzunehmen, kann nicht verlangt werden, sondern das Verbot kann nur bestimmte zu bezeichnende unzulässige Formen der Beeinträchtigung erfassen.

316) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr. 154

317) RGZ 170, 319; BGHZ 14, 163

318) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr. 158

319) Einkaufswegweiser Nr. 3 und VR 11, 12/61 und 12/62

320) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr. 158

321) RGZ 96, 242, 244 f; Reimer 107. Kap. Rdnr. 16

322) Enneccerus-Lehmann § 252 I 3 b; Reimer 107. Kap. Rdnr. 8; Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr. 156; Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre S. 10; ständ. Rspr., vgl. RGZ 101, 335, 340; 151, 239, 246; BGHZ 2, 394; GRUR 55, 411; 57, 342, 345

323) RGZ 140, 392, 402

5. ABSCHNITT: DER ANSPRUCH AUF WIEDERPRÜFUNG

Im Gegensatz zu den vorstehend untersuchten Ansprüchen ist der Anspruch auf Wiederprüfung als solcher aufgrund eines unanfechtbaren Warenvergleichs aufzufassen. Voraussetzung ist deshalb auch, daß alle Tatsachenbehauptungen wahr waren.

I. Das Interesse der Unternehmer an der Wiederprüfung

Wenn nach einem Vergleich längere Zeit über dieselbe Ware kein Test veröffentlicht wird, so kann eine zutreffenderweise schlecht besprochene Ware die damals erhaltene schlechte Qualifizierung in der Folgezeit mitschleppen, obwohl sie inzwischen verbessert worden ist, obwohl also die damals aufgedeckten Mängel beseitigt sind. Hieraus resultieren schlechtere Absatzchancen als sachlich gerechtfertigt, höhere Werbungskosten können entstehen, um auf die Verbesserung nachdrücklich hinzuweisen, ja es kann vielleicht erforderlich werden, den durch die Klassifizierung im seinerzeitigen Warenvergleich belasteten Namen der Ware zu ändern. Dies bedeutet für den betroffenen Unternehmer eine Schädigung, ohne daß ein berechtigtes Interesse der Verbraucherverbände an der Aufrechterhaltung der schlechten Einstufung beim Publikum besteht. Ganz im Gegenteil widerspricht ja das Fortwirken einer nicht mehr den Tatsachen entsprechenden Einstufung gerade dem Zweck der Verbraucheraufklärung. Der Sinn des Warenvergleichs würde deshalb eine Wiederprüfung in Abständen, die sich danach bemessen müßten, ob für den Verbraucherentschluß entscheidend Neues ausgesagt werden kann, gebieten. Das bedeutet aber noch keine Rechtspflicht der Verbraucherverbände hierzu.

II. Gegengründe

1. Könnte man von den Verbraucherverbänden eine jederzeitige Korrektur verlangen, so würde man ihre Freiheit, auf Mängel hinzuweisen, damit beschneiden. Sie würden bald nicht mehr imstande sein, neue Waren zu prüfen, denn längst ehe sie die Prüfungen auf sämtliche bedeutenden Warenarten ausgedehnt hätten, wären sie mit Wiederprüfungen voll beschäftigt, so daß sie auf gewisse Warenarten festgelegt wären. Schließlich würde wohl auch das Interesse des Publikums darunter leiden.

2. Das Bedürfnis, das bei den Herstellern und Vertreibenden schlecht besprochener Waren nach einer Wiederprüfung besteht, wird dadurch eingeschränkt, daß der Ruf einer Ware infolge des raschen Wechsels kurzlebig ist. Schon um wirksam werben zu können, muß jeder Unternehmer ja im allgemeinen immer wieder Neuerungen auf den Markt bringen. Dies ist besonders deutlich bei stark der Mode unterworfenen Gütern, es trifft aber auch auf die meisten anderen zu, wenn man

von den ihrer Natur nach durch den Menschen nicht oder nicht wesentlich verbesserbaren Gütern absieht. Wechselt die Ware aber wesentlich, so wird sie regelmäßig nicht mehr mit dem schlechten Ruf ihrer Vorgängerin belastet bleiben.

3. Mag trotz der Kurzlebigkeit der Waren in vielen Fällen ein Bedürfnis nach Wiederprüfung bestehen bleiben, so wird es doch noch durch die mit der Werbung geförderte Vergeßlichkeit des Publikums abgeschwächt, die ein längeres Fortwirken einer einmal erfolgten schlechten Einstufung der Ware auf Einzelfälle beschränken wird, so daß zum Zeitpunkt einer praktisch überhaupt erst möglichen und sinnvollen Wiederprüfung ein Fortwirken meistens schon nicht mehr gegeben sein wird.

III. Rechtliche Beurteilung

Als Anspruchsgrundlagen bieten sich für den Wiederprüfungsanspruch die §§ 823 I, 824 und 826 an. Zunächst ist jedoch die mögliche Verletzungshandlung herauszukristallisieren.

1. Eine Wiederholung der Äußerung des ursprünglichen Warenvergleiches wäre bei einer den Verbraucherverbänden bekannten Verbesserung des Produkts nicht mehr gerechtfertigt. Der Gedanke des BGH aber, den Beseitigungsanspruch nur so lange nicht zu gewähren, als der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen dem Handelnden auch bei Wiederholungen seiner Äußerung zur Seite stehen würde (324) trifft nur den speziellen Fall, daß die Äußerung von Anfang an unrichtig war und nur die Unkenntnis hiervon den Täter in Wahrnehmung berechtigter Interessen hat handeln lassen. Hier war sie dies aber gerade nicht. Die Berechtigung einer Wiederholung ist durch ein Handeln des betroffenen Unternehmers ausgeschlossen worden und nicht dadurch, daß der Irrtum der Verbraucherverbände über die Unrichtigkeit jetzt ausgeräumt wäre. Damit besteht aber auch die Sonderopferlage nicht, aus der der BGH (325) die Begrenzung der Rechtfertigung aus § 193 StGB derart begründet, daß die Fortwirkung des rechtmäßig eingeleiteten Zustands rechtswidrig wird. Der bei Veröffentlichung des Warenvergleichs vorgenommene Eingriff in das Recht des betroffenen Unternehmers bleibt auch für die Zukunft rechtmäßig. Es würde überdies auch an der vom BGH verlangten Zumutbarkeit der Beseitigung (326) fehlen.

324) BGH JZ 60, 701, 702; ebenso Ulmer ZAkDR 36, 535, 539

325) BGH aaO.

326) BGH aaO.

2. Der Beseitigungsanspruch kann sich also nicht mehr auf die Veröffentlichung des ursprünglichen Warenvergleichs stützen. Zu prüfen ist, ob eine neue Handlung der Verbraucherverbände ihn auslöst.

a) In dem bloßen Bestehenlassen des Warenvergleichs liegt kein konkludentes erneutes Behaupten, das damals Gesagte träfe auch heute noch zu. Jeder Vergleich ist ja - wenn auch nicht immer ausdrücklich - deutlich auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung oder eventuell der ihm zugrundeliegenden Prüfung bezogen.

b) Damit könnte der widerrechtliche Eingriff nur in einem Unterlassen liegen, nämlich dem Fortwirkenlassen des ursprünglichen Warenvergleichs. Eine Unterlassung kann aber nur widerrechtlich sein, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht, die auf Gesetz, Vertrag oder vorangegangenen, eine Gefahr schaffenden oder sie verstärkenden Tun beruhen kann (327). Eine gesetzliche oder vertragliche Wiederprüfungspflicht besteht ohne Zweifel nicht, so daß nur zu prüfen bleibt, ob sie durch die vorangegangene Veröffentlichung des schädigenden Warenvergleichs begründet wird.

aa) Man könnte dabei an die allgemeinen Verkehrspflichten denken. Danach hat jeder, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, die Vorkehrungen zu treffen, die notwendig und zumutbar sind, um Dritten hieraus drohende Gefahren abzuwehren (328). Hinsichtlich der Warenvergleiche wäre nun so zu argumentieren: da die Verbraucherverbände eine gefährliche, an die Allgemeinheit gerichtete Tätigkeit ausüben, tragen sie gegenüber der Allgemeinheit die Verantwortung für den geordneten Ablauf der Dinge (329). Aber damit gelangt man in den zur Untersuchung stehenden Fällen nicht zu einer rechtswidrigen Unterlassung, denn mit der sachlichen Richtigkeit der Aussage und dem Bezug auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung haben die Verbraucherverbände das getan, was von ihnen gefordert werden kann. Ein Mehr würde jede Kritik praktisch unmöglich machen. Eine allgemeine Rechtspflicht des berechtigterweise Kritisierenden, den Kritisierten vor Schäden zu bewahren, die nicht mehr im Interesse des Kritisierenden liegen, besteht nicht.

327) ständ. Rspr., vgl. RGZ 102, 43; 134, 231, 235; JW 39, 487, 488; ebenso Enneccerus-Nipperdey § 209 IV B 1 b; Enneccerus-Lehmann § 234 II 2; RGRK Anm. 33 zu § 823 BGB

328) Larenz Bd. II S. 379; Esser S. 868; Palandt-Gramm Anm. 8 zu § 823 BGB; RGZ 54, 373, 379; 163, 21, 26; 134, 231, 235

329) BGH LM § 823 (H) Nr. 2; Esser S. 868 und 873

bb) Eine weitere Frage ist nun, ob in Entsprechung zu der im Strafrecht entwickelten Lehre von der Rechtspflicht aus vorangegangennem Tun (330) so argumentiert werden kann: Die Verbraucherverbände haben mittels des Warenvergleichs die Gefahr einer Schädigung des betreffenden Unternehmers geschaffen und sind deshalb verpflichtet, den daraus drohenden Schaden abzuwenden. Westermann (331) lehnt ein solches Argument wohl zu Recht ab, da im Sinne dieser strafrechtlichen Lehre der Erfolg, also die Gefährdung des Rechtsguts, rechtswidrig ist, während der durch die kritisierende Äußerung erreichte Erfolg rechtmäßig ist. Hierauf wird es aber gar nicht ankommen, denn auch strafrechtlich verpflichtet eine gerechtfertigte Handlung nicht zur Erfolgsabwendung (332), obwohl auch hier der Rechtfertigungsgrund mit dem Ende der Gefahr nicht mehr fortbesteht, genauso wie er für die Verbraucherverbände entfällt, wenn die kritisierte Ware verbessert ist. In beiden Fällen ist der schließliche Erfolg eben gerade der, der zur Zeit der vorausgegangenen Handlung rechtmäßigerweise hatte herbeigeführt werden dürfen. Wenn aber die Berechtigung bestand, den schließlich eingetretenen Erfolg herbeizuführen, so schließt das notwendig die Möglichkeit aus, den Verbraucherverbänden dafür die Garantenstellung aufzuerlegen, daß er nicht eintritt.

3. Einem schlecht besprochenen Unternehmer steht also kein Wiederprüfungsanspruch zu. Dieses Ergebnis ist auch nicht unbillig. Die eigentliche Schadensursache, nämlich die schlechtere Qualität der Ware zur Zeit der Prüfung, fällt ja in die Sphäre des Unternehmers. Es war das gute Recht der Verbraucher, die Preiswürdigkeit der Ware zu kennen. Würde das Publikum ohne den Warenvergleich den Mangel entdeckt haben, so bliebe dem Unternehmer nur der Weg, im Rahmen der Werbung auf die Verbesserung hinzuweisen. Dann hatte der Unternehmer nur die Chance, den schlechten Ruf seiner Ware wieder zu beseitigen. Ist dieser nun durch eine berechtigte Kritik mitbegründet, so ist nicht einzusehen, warum man dem Unternehmer ein Recht auf die Beseitigung durch die Verbraucherverbände geben sollte.

330) vgl. Maurach Allg. Teil S. 478; Schönke-Schröder S. 31

331) JZ 60, 692, 695

332) so h. L., vgl. Schönke-Schröder S. 31; Welzel S. 190 f; a. A. Maurach Allg. Teil S. 478

6. ABSCHNITT: DIE HIERAUS FOLGENDEN GRUNDSÄTZE FÜR DEN ZULÄSSIGEN WARENVERGLEICH

"Zulässig" soll im Rahmen dieser Zusammenfassung in dem Sinne aufgefaßt werden, daß gegen den so gearteten Warenvergleich weder Schadensersatz-, noch Beseitigungs-, noch Unterlassungsansprüche gegeben sind. Derart zulässig ist ein Warenvergleich dann, wenn

1. alle in ihm enthaltenen Tatsachen und nachprüfbaren Werturteile richtig sind,
2. die Waren unter allen wesentlichen Gesichtspunkten geprüft worden sind oder aber die Unvollständigkeit, insbesondere durch einen diesbezüglichen Hinweis, für jeden Leser klar erkennbar ist,
3. die Veröffentlichung in sachlicher Form geschieht, vor allem also keine unnötigen Herabsetzungen oder unkontrollierbaren Werturteile enthält,
4. die Verbraucherverbände sich bei der Erstellung des Tests nicht von einem Hinzugezogenen haben beeinflussen lassen.

Gutgläubigkeit und damit die Beachtung der bei der Erstellung erforderlichen Sorgfalt haben begrifflich nur Bedeutung, wenn der Warenvergleich unrichtige Angaben enthält. Dann ist er aber wegen des Bestehens negatorischer Ansprüche nicht unanfechtbar, sondern es sind lediglich keine Schadensersatzansprüche gegeben.

3. TEIL: DIE ANSPRÜCHE DER ZUM VERGLEICH NICHT HINZUGEZOGENEN UNTERNEHMER

1. ABSCHNITT: ALLGEMEINES

I. Das Problem

1. Begriff: Nicht hinzugezogene Unternehmer sind diejenigen, die Waren der Art herstellen oder unter ihrem eigenen Namen vertreiben, die der Test behandelt, deren Waren selbst aber nicht mitverglichen worden sind, solche also, deren Hinzuziehung sachlich möglich gewesen wäre, aber nicht erfolgt ist. Beispiele und Gründe für Beschränkungen sind oben (1) angeführt. Darauf wird verwiesen. Die zeitliche Grenze ist hier nicht anders zu ziehen als bezüglich der Hinzugezogenen (2). Nicht hinzugezogener Unternehmer ist also nur derjenige, dessen Hinzuziehung zur Zeit der Veröffentlichung bereits infrage kam. Nachträgliche Veränderungen, insbesondere also das Auftreten eines neuen Konkurrenten, haben auf den abgeschlossenen Warenvergleich keinen Einfluß.

2. Die Möglichkeit der Schädigung:

Ansprüche gegen die Veranstalter von Warenvergleichen haben die nicht hinzugezogenen Unternehmer nur dann, wenn ihnen durch die Tests ein Schaden entstanden ist oder entstehen kann. Dies hängt von der Wirkung der Veröffentlichung im Einzelfall auf das Publikum ab und ist deshalb allgemein nur schwer zu erörtern. Immerhin wird man aber folgendes feststellen können:

a) Diejenigen Verbraucher, die sich um die Tests kümmern, werden ihre Kaufentschlüsse davon leiten lassen, also sich unter den empfohlenen bzw. gut besprochenen Gütern dasjenige aussuchen, welches ihren Sonderwünschen am nächsten kommt. Sie werden den Vergleich also nach dem für sie geeignetsten Angebot prüfen und haben dann die Gewähr, daß sie sorgfältig gewählt haben. Dann werden sie aber in der Regel nicht das Risiko eingehen, ein nicht verglichenes Konkurrenzprodukt zu kaufen, in das sie nicht hineinsehen können und das nur vielleicht so gut ist wie das beste aus dem Test - wahrscheinlich aber schlechter. Sind also in einem Test beispielsweise die Waren A und B verglichen, C aber nicht, und sind A und C qualitativ die besten und auch im Preis gleich, so werden die Leser, um sicher zu gehen, die Ware A wählen. Bei A wissen sie aufgrund einer fachmännischen Prüfung, daß sie gut ist, bei C ist dies unsicher. Hinter der Ware A steht auch die Autorität des Prüfers, was ebenfalls nicht ohne Einfluß auf

1) 1. Teil 1. Abschnitt IV 2

2) 2. Teil 5. Abschnitt

die Käufer sein wird. Das Ergebnis wird also eine Verschiebung zuungunsten des Herstellers von C - also des nicht Hinzugezogenen - sein. Damit kann diesem ein Schaden entstehen, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Schlechterstellung durch einen Qualitätsunterschied gerechtfertigt ist oder nicht, wenn sie nur ohne das Handeln der Verbraucherverbände nicht eingetreten wäre. Der Schaden, der sich als Absatzrückgang an der betreffenden Ware darstellt, läßt sich natürlich auch nicht durch den etwa in den Warenvergleich aufgenommenen Hinweis ausräumen, daß nicht verglichene Waren genauso gut oder besser sein könnten, denn das ändert nichts an der besonderen psychologischen Situation des Käufers, der sein kleinstes Risiko bei der bestbeurteilten Ware sieht.

b) Im allgemeinen wird der Leser des Warenvergleichs die getesteten Waren als eine Auswahl der bedeutendsten und besten der betreffenden Art ansehen und so leicht den Schluß ziehen, daß die Waren nicht hinzugezogener Unternehmer für den Verbraucher weniger interessant sind. Das droht um so mehr, als man heute weitgehend Kundendienstleistungen in Anspruch nimmt und davon ausgeht, daß die bedeutendsten Waren auch von dem besten und dichtesten Kundendienstnetz begleitet werden. Zudem hält man eine Ware, die in größerer Menge vertrieben wird, leicht für verhältnismäßig billiger als eine andere und der Gedanke, die Ware werde in geringerer Menge vertrieben, drängt sich im Falle der Nicht-hinzuziehung geradezu auf. Es droht also auch eine Beeinträchtigung des Rufes dieser Waren, was - in Beziehung zu dem oben a) Gesagten gesetzt - eine Zurücksetzung nicht nur hinter die gut eingestuften Produkte (im Beispiel A), sondern auch hinter die übrigen (im Beispiel B) bedeutet. Auch das ist ein Schaden, für den die Vergleichsveröffentlichung ursächlich ist. Er kann allerdings durch die Angabe der Gründe, die zu der getroffenen Auswahl geführt haben, gemindert oder ausgeschlossen werden, denn wenn gesagt wird, daß nur Waren verglichen werden, die in der gesamten Bundesrepublik angeboten werden, so wird durch die bloße Nichthinzuziehung der Ruf einer nur in Bayern vertriebenen Ware in dieser Hinsicht nicht beeinträchtigt. Das gleiche gilt für einen Test, der ganz offensichtlich nur einen sehr kleinen und willkürlichen Ausschnitt des Angebots beleuchtet, wie zum Beispiel einige Tests der DM (3). Die verglichenen Waren werden dann eher als Beispiele aus der Branche angesehen. Das Publikum schließt deshalb auch nicht darauf, daß eine nicht in den Test einbezogene Ware für den Verbraucher weniger bedeutend wäre. Unverändert bleibt aber die Lage in bezug auf das oben a) Ausgeführte.

c) Die dagegen von Hefermehl (4) angenommene Gefahr, daß der Leser der Meinung sein könne, die nicht genannten Waren entsprächen dem Durchschnitt 3) vgl. DM 3/61 (Damenschuhe); DM 2/62 (Herrenanzüge)
4) GRUR 62, 611, 615

der getesteten, so daß sie zu Unrecht als mitgetestet angesehen würden, halte ich für nicht gegeben. Dazu ist der Bezug der Äußerungen auf die bestimmten Testwaren zu stark betont.

d) Zu überlegen wäre zuletzt noch, ob auch der Ruf des Unternehmers selbst beeinträchtigt wird. Er könnte so als kleiner Hersteller oder Hersteller minderwertiger Waren abgewertet werden. Genauso wie oben (5) erörtert, läßt sich das aber nicht als Rufverletzung des Unternehmers qualifizieren. Die Schädigung wird auch nicht bezüglich anderer Waren des Unternehmers eintreten als der zur verglichenen Art gehörigen, denn das Publikum wird nicht schlußfolgern, daß ein unbedeutender Fernsehapparathersteller auch schlechte Radios auf den Markt bringen werde.

3. Da die Möglichkeit der Schädigung nicht hinzugezogener Unternehmer gerade durch die Nichtinzuziehung zum Warenvergleich eindeutig zu bejahen ist, sind deren mögliche Ansprüche von ganz erheblicher Bedeutung für die Frage, wie ein Warenvergleich aussehen muß, der insgesamt zulässig ist. Es ist deshalb verwunderlich, daß dieser Fragenkreis bislang noch keine rechte Beachtung gefunden hat. Hefermehl (6) verlangt zur Richtigkeit des Tests Vollständigkeit, macht dies aber nur zur Voraussetzung für die Wahrnehmung berechtigter Interessen, wobei die meines Erachtens wichtigere Frage der Rechtsstellung der nicht Hinzugezogenen außer acht bleibt. Ihm folgt in etwa Möhring (7), der aus den Gefahren für die nicht Hinzugezogenen allgemein Bedenken gegen das Institut des Warenvergleichs herleitet.

II. Die Schädigungshandlung

1. Würde der betreffende Warenvergleich überhaupt nicht stattfinden oder stattgefunden haben, so würde den Unternehmern, die jetzt als nicht Hinzugezogene Ansprüche erheben, kein Schaden drohen bzw. es wäre ihnen keiner entstanden. Damit ist die Veröffentlichung des Warenvergleichs eine den Schaden dieser Unternehmer verursachende Handlung. Hätte die Ware wegen ihrer Preiswürdigkeit beim Vergleich schlecht abschneiden müssen, so ändert dies hieran nichts, wenn nur der Schaden ohne die Vergleichsveröffentlichung nicht eingetreten wäre.

2. Die Schadensursache läßt sich aber noch enger fassen. Wäre nämlich der nicht hinzugezogene Unternehmer hinzugezogen worden, so wäre all der Schaden nicht

5) vgl. 2. Teil 3. Abschnitt II 3 b

6) GRUR 62, 611, 615 f

7) MA 62, 967, 975

eingetreten, der nicht der tatsächlich schlechteren Qualität oder geringeren Preiswürdigkeit der Ware des Betroffenen entspricht. Nur dieser wäre im Falle der Hinzuziehung genauso eingetreten, so daß dafür die Nichthinzuziehung nicht kausal ist. Eine Unterlassung kann ja nur dann Schadensursache sein, wenn die Vornahme der unterlassenen Handlung den Schadenseintritt verhindert hätte. Nur soweit der Schaden nicht auf der Bevorzugung der gut abgeschnittenen Waren beruht, sondern daher rührt, daß die Ware des nicht Hinzugezogenen als weniger verbraucherbe-
deutend abgestempelt wird, ist hier die Ursächlichkeit der Nichthinzuziehung gegeben (8).

3. Nach erfolgter Vergleichsveröffentlichung könnte sich für nicht hinzugezogene Unternehmer noch ein weiterer Ansatzpunkt ergeben. Hätten sie nämlich eine Nachprüfung verlangt, so würde deren Ablehnung oder bloße Unterlassung durch die Verbraucherverbände dann die Ursache des künftigen Schadens sein, soweit dieser nicht wieder durch die schlechtere Qualität gerechtfertigt wäre. Dabei handelt es sich aber nur um einen besonderen Fall der Nichthinzuziehung, nämlich um eine nachträgliche und trotz ausdrücklichen Verlangens.

4. Es stellt sich somit die Frage, ob Unternehmer wegen ihrer Nichthinzuziehung die Abhaltung des Vergleichs verhindern oder ihre Hinzuziehung erzwingen können und ob ihnen ein Schadensersatzanspruch zusteht. Diese Frage ist von großer praktischer Wichtigkeit, da der an sich zulässige Warenvergleich so undurchführbar werden kann.

2. ABSCHNITT: ANSPRUCHSGRUNDLAGEN FÜR DAS BEGEHREN NICHT HINZUGEZOGENER UNTERNEHMER

I. Im UWG

Auch bezüglich der Ansprüche nicht Hinzugezogener ist wieder zunächst an den engeren Rechtskreis zu denken, in den die schädigende Handlung eingreift. Da sie das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Herstellern bzw. Vertreibenden der betreffenden Ware beeinträchtigt, stehen Anspruchsgrundlagen des UWG wieder am nächsten. Hier kommen wiederum die §§ 14, 3, 1 infrage.

1. §§ 14 und 1 UWG setzen ein Handeln "zu Zwecken des Wettbewerbes" voraus. Dieses Erfordernis ist, wie oben (9) ausgeführt, selbst dann nicht erfüllt, wenn

8) vgl. hierzu unten 3. Abschnitt I 2 e

9) vgl. 2. Teil 2. Abschnitt I 2

die Ware eines hinzugezogenen Unternehmers im Vergleich schlecht abschneidet. In der Zweckrichtung kann die Vergleichsveröffentlichung gegenüber einem nicht hinzugezogenen Unternehmer nicht anders beurteilt werden. Es handelt sich um ein und dieselbe Handlung, die einen einheitlichen Zweck verfolgt. Auch hier fehlt deshalb die Wettbewerbsabsicht. Gefragt muß aber werden, ob das auch für die Nichthinzuziehung als schadenstiftende Handlung gilt, denn es wäre ja denkbar, daß der Testveranstalter etwa eine Zersplitterung der Nachfrage auf viele Hersteller dadurch verhindern wollte, daß er die bedeutenderen durch die Hinzuziehung hervorhebe. Das ist aber tatsächlich nicht der Fall. Die Verbraucherverbände sind nicht nur selbst nicht am Wettbewerb beteiligt und haben kein Interesse an der Förderung bestimmter einzelner Unternehmer im Wettbewerb, sondern sie sind auch nicht an einer Verschiebung der Wettbewerbschancen zugunsten der hinzugezogenen und zuungunsten der nicht hinzugezogenen Unternehmer interessiert. Zwar rechtfertigen sie die Veranstaltung von Warenvergleichen in erster Linie mit der Unübersichtlichkeit des Massenangebots (10), aber die günstigste Verbraucherposition bietet doch ein strenger Wettbewerb, der nicht auf nur einige Hersteller konzentriert ist, die sich leichter absprechen können. Der Zweck der Nichthinzuziehung ist einfach der, Warenvergleiche angesichts der Unmöglichkeit, alle hinzuzuziehen, überhaupt durchführbar zu machen. In die gleiche Richtung würde auch die Ablehnung einer Nachprüfung stoßen, denn wollte man sie einem gewähren, so könnte man sie den anderen nicht versagen. Mangels einer Wettbewerbsabsicht können also §§ 14 und 1 UWG den nicht hinzugezogenen Unternehmern nicht als Grundlage für Ansprüche gegen die Verbraucherverbände dienen.

2. Somit bleibt im Wettbewerbsrecht noch § 3 UWG zu untersuchen. Oben (11) wurde seine Anwendung abgelehnt, weil die Verbraucherverbände nicht zum möglichen Täterkreis des § 3 gehören. Das ist im Hinblick auf die nicht hinzugezogenen Unternehmer nicht anders. Zudem enthält die Nichthinzuziehung aber nicht einmal konkludent eine Tatsachenbehauptung sondern allenfalls nur ein Werturteil, so daß auch insoweit den Anforderungen des § 3 nicht genügt ist. Auch hieraus vermögen die nicht hinzugezogenen Unternehmer folglich keine Ansprüche herzuleiten.

II. § 824 BGB

Wie § 3 UWG setzt auch § 824 BGB die Behauptung einer Tatsache voraus. Da diese nicht gegeben ist, muß er genauso ausscheiden.

10) VR 6/62 S. 2

11) vgl. 2. Teil 2. Abschnitt II 2

III. § 823 II BGB in Verbindung mit § 185 StGB

Mangels einer Tatsachenbehauptung scheidet eine Verletzung der §§ 186, 187 StGB von vornherein aus. Da die Warenvergleiche aber - zumindest konkludent; ausgesprochen wird das ja kaum werden - so verstanden werden können, die Waren der nicht hinzugezogenen Unternehmer seien mangels eines größeren Marktanteils und einer Verteilung im gesamten Bundesgebiet oder qualitativ nicht konkurrenzfähig, so könnten dadurch doch Gegenansprüche über § 823 II BGB mit § 185 StGB ausgelöst werden.

1. Die Aussage etwa, daß die betreffende Ware wegen schlechter Qualität den Vergleich nicht lohne, entspricht dem Fall der schlecht beurteilten Ware. Wie dort (12) liegt auch hier keine Ehrverletzung des Herstellers vor. Auch der soziale Wert des einzelnen hängt nicht davon ab, ob er gute oder schlechte Waren herstellt.

2. Weiter werden die Warenvergleiche in der Regel so ausgelegt werden, daß dem nicht hinzugezogenen Unternehmer geringere Bedeutung am Markt zukäme. Die Bedeutung, um die es dabei geht, ist auf den Verbraucher in seiner Gesamtheit orientiert. Weniger wichtig ist für diesen eine Ware, die nur in Teilen Deutschlands vertrieben wird oder die einen sehr geringen Marktanteil hat. Es ist aber keine Beleidigung, jemanden als Unternehmer von geringerer Marktbedeutung zu bezeichnen. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob diese Beurteilung richtig ist oder nicht. In dem von der Ehre her begriffenen sittlichen und sozialen Wert steht ein Kleinunternehmen einem Großunternehmen nicht nach.

Damit scheidet auch § 823 II BGB in Verbindung mit § 185 StGB als Anspruchsgrundlage aus (13).

IV. § 823 I BGB

Aus § 823 I BGB können die nicht hinzugezogenen Unternehmer Unterlassungs-, Beseitigungs- und bei schuldhaftem Handeln der Verbraucherverbände auch Schadensersatzansprüche herleiten, wenn sich das Handeln der Verbraucherverbände als rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt.

1. Dieser Eingriff muß ein unmittelbarer sein (14). Zur Frage, ob die Unmittelbarkeit des Eingriffs zu bejahen ist, ist nach den möglichen Schädigungshandlungen zu unterscheiden.

12) vgl. oben 2. Teil 3. Abschnitt II 3 b

13) zu § 823 II BGB in Verbindung mit §§ 26 II, 27 GWB siehe unten V 7

14) vgl. oben 2. Teil 2. Abschnitt III 3 c

a) Tritt der Schaden deshalb ein, weil die Leser gewisse zumindest konkludent empfohlene Waren hinzugezogener Unternehmer bevorzugen, so berührt das den Betrieb des nicht Hinzugezogenen nicht unmittelbar. Über die Ware des nicht Hinzugezogenen wird ja gerade nichts ausgesagt. Ihn gegenüber hat die Testveröffentlichung nur eine mittelbare, schädigende Folge. Das Publikum zieht auch nicht den Schluß, daß die empfohlene Ware besser wäre, sondern es fühlt sich nur sicherer, wenn es eine empfohlene Ware kauft. Insoweit liegt also kein Eingriff in das Recht des nicht Hinzugezogenen an seinem Unternehmen vor, so daß Ansprüche aus § 823 I BGB insoweit ausscheiden.

b) Die Wirkung der Nichthinanziehung ist aber auch eine Schädigung des Warenrufes (15), derzufolge eine Absatzverringerung eintritt. Dieser Eingriff ist direkt gegen den Betrieb des betreffenden nicht hinzugezogenen Unternehmers gerichtet und nicht erst die Auswirkung der Bevorzugung eines anderen auf dem Umweg über eine psychologische Reaktion des Publikums. Die zumindest konkludent ausgedrückte Meinung, die Ware des nicht Hinzugezogenen wäre weniger bedeutend, ist ein Eingriff, der auf den Betrieb des Betroffenen bezogen ist, weil er ein nicht ohne weiteres ablösbares Recht oder Rechtsgut betrifft. Der Warenruf ist ja ein Rechtsgut, dessen Verletzung den Bestand des Unternehmens insgesamt infrage stellt. Mit dem Warenruf ist deshalb das Unternehmen selbst getroffen. Daher ist insoweit die Unmittelbarkeit des Eingriffs zu bejahen. Die Nichthinanziehung erfüllt deshalb den objektiven Tatbestand des § 823 I.

2. Die Widerrechtlichkeit.

Die Nichthinanziehung ist keine positive Handlung, sondern eine Unterlassung. Daran wird nichts dadurch geändert, daß die Verbraucher aus der Nichthinanziehung eine negative Aussage herauslesen. Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert deshalb die Rechtswidrigkeit noch nicht. Vielmehr muß eine Rechtspflicht zum Hinzuziehen bestehen, damit die Nichthinanziehung widerrechtlich ist (16).

a) Ein Vertrag, aus dem diese Pflicht resultieren könnte, besteht nicht; dergleichen ist nicht irgendein Tun vorangegangen, das sie auslösen würde. Insbesondere kann auch nicht eine allgemeine Verkehrspflicht bestehen, da die Handlung, die die Gefahr auslöst, zugleich die Schädigungshandlung ist. Wenn eine Hinzuziehungspflicht besteht, so muß sie sich deshalb direkt aus dem Gesetz herleiten lassen. Ausgangspunkt für diese Untersuchung muß sein, daß die Verbraucherverbände aus dem Kreis der Wettbewerber einige herausgreifen, denen sie da-

15) vgl. oben 1. Abschnitt II 2

16) Enneccerus-Nipperdey § 209 I 4; Enneccerus-Lehmann § 234 II 2

mit eine Vorzugstellung einräumen. Eine Rechtspflicht zur Hinzuziehung würde also dann bestehen, wenn die Verbraucherverbände Wettbewerber, die sie derart unterschiedlich behandeln, gleich behandeln müßten. Als gesetzliche Bestimmungen, aus denen sich diese Verpflichtung ergeben könnte, bieten sich die §§ 242, 826 BGB, eine Analogie zu §§ 25 ff GWB und Art. 3 I GG an.

b) § 242 BGB: Die Anwendung des § 242 setzt stets wenn auch nicht ein Schuldverhältnis, so doch eine rechtliche Sonderverbindung voraus (17). Sie muß deshalb dann ausscheiden, wenn vor dem Eingriff zwischen dem Eingreifenden und dem Betroffenen keine rechtlichen Beziehungen bestanden haben. Zwischen den Verbraucherverbänden und den nicht hinzugezogenen Unternehmern werden rechtliche Beziehungen frühestens durch die Nichthinzuziehung begründet. Zuvor besteht auch kein irgendwie geartetes Vertrauensverhältnis. Zum Zeitpunkt der mit der Vergleichsveröffentlichung verbundenen Nichthinzuziehung war das Verhalten also auch nicht an dem Maßstab von Treu und Glauben zu messen.

c) § 826 BGB: Die Geltung der guten Sitten gemäß § 826 BGB ist nicht auf Sonderverbindungen beschränkt (18). Die Herleitung der Rechtspflicht zum Hinzuziehen aus § 826 ist im Rahmen der Prüfung der Ansprüche aus § 823 I aber nur dann logisch berechtigt, wenn derart dem Betroffenen ein weiterer Schutz gewährt wird, als wenn man direkt § 826 als Anspruchsgrundlage heranzieht. Auch aus § 826 erwachsen negatorische Ansprüche (19). Soweit besteht also kein Unterschied. Schadensersatzansprüche aber gewährt § 823 I BGB schon bei Fahrlässigkeit, während § 826 hierfür Vorsatz voraussetzt. Da widerrechtlich nun grundsätzlich ohne Rücksicht auf subjektive Voraussetzungen jedes Verhalten ist, welches der Rechtsordnung widerspricht (20), könnte man mit einer aus § 826 hergeleiteten Rechtspflicht zur Hinzuziehung auch bei fahrlässiger Nichthinzuziehung Schadensersatzansprüche begründen und so den Rechtsschutz des Betroffenen erweitern. Da im Falle eines Unterlassungsanspruches aus § 826 - wie unten dargelegt wird (21) - das Nichthinzuziehen aber notwendig eine in der Zukunft liegende nur vorsätzlich mögliche Schädigung sein muß, besteht in dem Fall, daß die Unterlassung der Hinzuziehung eine fahrlässige Handlung war, zur Zeit der noch möglichen Hinzuziehung aus § 826 logischerweise eben keine Hinzuziehungspflicht. Die Heranziehung des § 826 im Rahmen des § 823 I kann deshalb nicht weiter führen als § 826 als selbständige Anspruchsgrundlage.

17) Larenz Bd. I S. 101

18) Larenz aaO. S. 102

19) RGRK Anm. 18 zu § 824 BGB

20) Enneccerus-Nipperdey § 209 I

21) vgl. VI 5

d) § 26 f GWB analog: Auch hier ist eine ähnliche Vorüberlegung nötig. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche lassen sich aus § 26 f GWB genauso ableiten. Einen Schadensersatzanspruch gewährt § 35 GWB dem Verletzten bei vorsätzlicher und fahrlässiger Verletzung von § 26 f, bei § 27 sogar auf Ersatz des immateriellen Schadens. Gelangt man zu einer analogen Anwendung der §§ 26 f GWB, so muß man aber die bloße Ergänzungsvorschrift des § 35 GWB ebenfalls heranziehen. Dann reicht der Schutz des Verletzten aus § 823 I BGB nicht weiter und eine Analogie zum Diskriminierungsverbot des GWB darf folglich hier nicht geprüft werden.

e) Art. 3 I GG: Würde man Art. 3 I GG auf das Verhältnis zwischen den Verbraucherverbänden und den betroffenen Unternehmern anwenden, so würde sich hieraus für die Verbraucherverbände die Verpflichtung ergeben, gleiche Unternehmer gleich, ungleiche entsprechend ihrer Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Resultat müßte eine Rechtspflicht der Verbraucherverbände dahin sein, den hinzugezogenen Unternehmern an Bedeutung hinsichtlich der betreffenden Ware vergleichbare Unternehmer hinzuzuziehen. Da das Verhältnis zwischen den Verbraucherverbänden und den von den Warenvergleichen betroffenen Unternehmern ausschließlich dem Privatrecht angehört, ist hier das Problem der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte angesprochen.

Die unmittelbare Drittwirkung ist umstritten. Nipperdey und der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts bejahen sie (22). Die herrschende Ansicht lehnt sie dagegen ab (23) und gewährt den in der Verfassung getroffenen Wertentscheidungen über die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Generalklauseln des Privatrechts Eingang in dieses (24). Dabei ist der herrschenden Auffassung zu folgen, insbesondere weil die Grundrechte ihrem Wesen nach gegen den Staat gerichtet sind, der selbst nicht Grundrechtsträger ist. Im Privatrecht dagegen stehen sich einzelne Grundrechtsträger gegenüber, denen also auch die Freiheit zukommt, ihre Rechtsverhältnisse grundsätzlich nach Belieben zu gestalten. Ließe sich hier aber mittels der unmittelbaren Drittwirkung eine gerechte Lösung finden, so geht diese auch nicht verloren, da die Wertentscheidung des Art. 3 I GG ja die Auslegung des Begriffes der guten Sitten in § 826 BGB bestimmt und dort also Berücksichtigung

22) Enneccerus-Nipperdey § 15 II 4 c; Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuener, Die Grundrechte Band II S. 18 ff; BARbGE 1, 191, 193; NJW 57, 1688 ff

23) BVerfGE 7, 198 ff; BARbGE (2. Senat) 3, 296, 301; Dürig, Festschrift für Nawiasky S. 157 ff, insbes. 176 ff; Maunz-Dürig Art. 1 III GG Rdnr. 128-130; Coing JZ 58, 558, 560; Götz Hueck S. 104

24) vgl. insbes. Maunz-Dürig aaO. Rdnr. 132

findet. Der Ort dieser Untersuchung ist aber wieder nicht hier.

f) Danach bliebe schließlich noch die Frage, ob sie nicht aus einem eventuell im Privatrecht geltenden allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz resultieren könnte. Das Gerechtigkeitsprinzip gilt nun zwar auch im Privatrecht. Dort hat es aber nicht bei allen Vorgängen rechtsverbindliche Kraft i. S. eines Gleichheitsgebotes (25). Deshalb kann eine von einzelnen Vorschriften losgelöste allgemeine Gleichbehandlungspflicht im Privatrecht nicht anerkannt werden.

V. §§ 26 II, 27, 35 GWB analog

1. Als eventuell diskriminierende Handlung kommt, soweit Ansprüche aus einer Analogie zu §§ 26 II, 27, 35 GWB hergeleitet werden sollen, nicht die Vergleichsveröffentlichung selbst, sondern nur die Nichthinanziehung infrage, denn nur diese behandelt die hinzugezogenen und die nicht hinzugezogenen Unternehmer ungleich. Deshalb kann in diesem Rahmen kein Anspruch eines Unternehmers, dessen Ware im Falle der Hinzuziehung schlecht hätte abschneiden müssen, wegen der Bevorzugung einer empfohlenen Ware begründet werden. Die Hinzuziehung - also Gleichbehandlung - hätte dann ja an diesem Schaden nichts geändert. Anders ist es nur wegen der Qualifizierung - auch der schlechten Ware - als wegen der Marktposition weniger verbraucherbedeutend.

2. a) Die Lehre von der Drittwirkung will mittels einer von der historischen Belastung des 19. Jahrhunderts befreiten Anschauung die Werte der Grundrechte dem Privatrecht erschließen. Aus dem hier naheliegenden Art. 3 I GG leitet sie den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung in Gemeinschaftsverhältnissen vor allem im Arbeits- und Verbandsrecht her (26). Ausgangspunkt dafür ist, daß die Vertragsfreiheit des einen infolge der wirtschaftlichen Überlegenheit des anderen praktisch nur formal besteht, daß also ein einzelner einem privaten Mächtigen kaum anders gegenübersteht als dem Staat. Dann soll ihm jenem gegenüber derselbe Schutz zukommen wie gegenüber diesem. Der Mächtige soll in der Ausübung seiner Macht gebunden sein.

Dieses Anliegen wird von der herrschenden Ansicht nicht bestritten. Abgelehnt wird nur der Weg, auf dem die Lehre von der Drittwirkung zu dem an sich zu billigen Ergebnis kommt. Die herrschende Ansicht (27) gelangt zur Realisierung der Grundrechtswerte für das Privatrecht auf dem mittelbaren Wege der Ein-

25) Götz Hueck S. 169

26) Enneccerus-Nipperdey § 15 II 5 d

27) vgl. Dürig, Nawiasky-Festschrift S. 157, 160, 162, 168 ff

wirkung auf die ausfüllungsfähigen und -bedürftigen Generalklauseln des Privatrechts. Das Gesagte zeigt aber, daß Rechtsprechung und Rechtslehre einheitlich auf eine Bändigung privater Macht zum Zwecke der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit hintendieren.

b) Für die hier anstehende Prüfung braucht diese Veranschaulichung der privatrechtlichen Situation nur den Hintergrund abzugeben. Für die Hinzuziehung zu Warenvergleichen bietet nämlich das Privatrecht im Diskriminierungsverbot des GWB einen näheren Weg an, um eine gerechte Lösung zu finden, da §§ 26 II, 27 GWB - eine konkrete Ausgestaltung des Gleichheitssatzes für die dort geregelten Sachverhalte (28) - im Privatrecht eine Gleichbehandlungspflicht aufstellen. Der erfaßte Tatbestand und insbesondere auch der Täterkreis der §§ 26 II, 27 GWB sind allerdings eng. Direkt anwendbar sind sie deshalb hier nicht. Erwägbar erscheint aber eine analoge Heranziehung. Eine allgemeine Geltung des Diskriminierungsverbots wird auch in der Rechtslehre (29) verlangt. In der Rechtsprechung hat sie sich ersichtlich noch nicht durchgesetzt. So hat der BGH das Aufnahmebegehren eines Milcherzeugers in die für dessen Bezirk ausschließlich zuständige Molkereigenossenschaft mit der Begründung abgewiesen, daß weder der Tatbestand des § 27 noch der des § 26 II erfüllt wären; eine Analogie hat er nicht erwogen (30). Das muß andererseits aber nicht ein Argument gegen die Möglichkeit einer Analogie sein, denn im entschiedenen Fall lag schon keine Behinderung oder unterschiedliche Behandlung vor, anderenfalls hätte der BGH jedoch § 26 II direkt angewendet (31).

3. § 26 II GWB verbietet Kartellen, marktbeherrschenden Unternehmen und solchen, welche die Verkaufspreise ihrer Abnehmer vertikal gebunden haben, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsbereich, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln. § 27 GWB gibt einem Unternehmen den Anspruch auf Aufnahme in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellt und zu einer unbilligen Benach-

28) so BGHZ 33, 259, 266

29) Raiser JZ 58, 1, 8; Maunz-Dürig Art. 2 I GG Rdnr. 58, die meinen, das Diskriminierungsverbot müsse entweder als selbständige Generalklausel des Privatrechts aufgefaßt werden oder die überkommenen BGB-Begriffe müßten darum erweitert werden.

30) BGHZ 33, 259 f, 264

31) BGH aaO. S. 264

teilung des Unternehmens im Wettbewerb führt. Nach der Rechtsprechung ist hierzu eine vorgängige Anrufung der Kartellbehörde nicht erforderlich, sondern § 27 ist Schutzgesetz im Sinne von §§ 823 II BGB, 35 GWB (32).

Täter des § 26 II können nur Unternehmen und Unternehmensvereinigungen sein, Täter des § 27 nur Wirtschafts- und Berufsvereinigungen. Die Verbraucherverbände sind nun unzweifelhaft weder das eine noch das andere, so daß nur eine analoge Anwendung zu erwagen ist. Von anderen Rechtsgebieten her läßt sich der kartellrechtliche Unternehmensbegriff nicht bestimmen (33). Die amtliche Begründung zum Entwurf des GWB verlangt nur eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr (34), ohne daß bestimmte Formen der rechtlichen oder der wirtschaftlichen Organisation nötig wären (35). Der Begriff des Unternehmens muß vielmehr im Einzelfall unter Berücksichtigung des Zweckes des GWB ermittelt werden (36). Dieser Zweck ist gerade, daß die der Bedarfsdeckung unmittelbar oder mittelbar dienenden Tätigkeitsbereiche eines jeden Rechtssubjekts von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten tunlichst freigehalten werden sollen (37). Daraus ergibt sich eine umfassende Auslegung des Begriffes Unternehmen (38) und wohl auch die Berechtigung, dem Begriff des Unternehmens in § 26 II GWB in Beziehung auf die tatbestandsmäßige Beschränkung nur geringere Bedeutung beizumessen.

Sowohl § 26 II als auch § 27 stellen eine Gleichbehandlungspflicht auf, beide aber nur für ganz bestimmte Fälle, so daß eine bloß unterschiedliche Behandlung nicht ausreicht, auch wenn sie willkürlich erfolgt. Ausgangspunkt ist nämlich auch hier die Freiheit des einzelnen, die wegen der im Sozialstaatsprinzip anerkannten Forderung nach sozialer Gerechtigkeit eingeschränkt werden kann und muß (39). Die Einschränkungen, die §§ 26 II, 27 bringen, beruhen auf der Tatsache der wirtschaftlichen Macht der diskriminierenden Organisationen oder Unternehmen (40). Sie sollen Wettbewerbsverzerrungen verhindern, die aus der willkürlichen Ausnützung wirtschaftlicher Macht entfließen. Es soll sowohl der Wettbewerb unverfälscht erhalten bleiben als auch dem Schwächeren, der auf die

32) BGHZ 29, 344

33) BGHZ 31, 105, 109

34) abgedruckt im Gemeinschaftskommentar zum GWB S. 1057 ff, 1076 (C 3 c zu § 1)

35) BGHZ 36, 91, 103

36) Amtliche Begründung aaO. S. 1076

37) BGHZ 31, 105, 109 im Anschluß an Rittner DB 57, 1091, 1092

38) so BGHZ 31, 105, 109; 36, 91, 103

39) Raiser JZ 58, 1, 8

40) Amtliche Begründung aaO. S. 1100

Gleichbehandlung angewiesen ist, um nicht Schaden zu leiden, Schutz gewährt werden (41). Das Diskriminierungsverbot dient so dem Schutz der Handlungsfreiheit des einzelnen und sichert die Gleichheit der wirtschaftlichen Freiheitsrechte für alle Rechtsgenossen. Machtverschiebungen auf der einen Marktseite sollen nicht zu Machtverschiebungen auf der anderen Marktseite benutzt werden (42).

4. Gegen die Berechtigung einer analogen Ausdehnung der §§ 26 II, 27 GWB könnte etwa sprechen, daß das Diskriminierungsverbot des GWB eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der allgemeinen Handlungs- und Vertragsfreiheit ist, der in Art. 2 I GG begründet ist (43). Als Ausnahmeregelung wäre das Diskriminierungsverbot dann eng auszulegen. Art. 2 I GG gewährt die Handlungs- und Vertragsfreiheit aber nur so weit, als Rechte Dritter, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz nicht entgegenstehen. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört auch das Sozialstaatsprinzip der Art. 20 I, 23 I 1 mit 79 GG (44), so daß dem Staat in Verwirklichung seines sozialen Auftrags eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit erlaubt ist (45). Diese Sozialentscheidung erlaubt also zugunsten des Abhängigen zweifelsfrei die Abwehr unsocialen Verhaltens des Inhabers wirtschaftlicher Macht (46). Zwischen Handlungsfreiheit und Diskriminierungsverbot besteht daher kein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Damit ist eine analoge Ausdehnung auf andere als die dort genannten Täter nicht rechtstechnisch ausgeschlossen. Auch Götz Hueck meint (47), daß kein Grund ersichtlich sei, der gegen die analoge Anwendung der speziellen Gleichbehandlungsvorschriften spräche. Das Diskriminierungsverbot wird auch nicht nur als Mittel gegen wettbewerbswidrige Ausnutzung von Marktmacht, sondern auch als allgemeines Rechtsprinzip der Wettbewerbsordnung angesehen (48). Es hat seine Wurzeln nicht nur in Rechtsfiguren des ausländischen Rechts, sondern auch in der tatbestandsmäßig ausgedehnten Rechtsprechung nach § 826 BGB zum Mißbrauch wirtschaftlicher Macht (49). So sind §§ 26 II, 27 Ausfluß des das gesamte Recht beherrschenden Gerechtigkeitsgebotes. Private untereinander sind nur in der Regel nicht verpflichtet, sich gerecht zu behandeln. Man geht davon aus, daß im Rahmen der Markt-

41) BGHZ 29, 344

42) Fikentscher WuW 58, 257, 259

43) Maunz-Dürig Art. 2 I GG Rdnr. 53

44) Maunz-Dürig aaO. Rdnr. 24

45) Maunz-Dürig aaO. Rdnr. 60 f

46) Maunz-Dürig aaO. Rdnr. 58

47) S. 87

48) Benisch in Gemeinschaftskommentar zum GWB Anm. 33 zu § 26

49) Frankfurter Kommentar zum GWB Tz. 48 zu § 26

wirtschaft mit Handlungsfreiheit die Gesetze von Angebot und Nachfrage von selbst zu wirtschaftlich vernünftigen Ergebnissen führen werden. Für den Inhaber wirtschaftlicher Macht gilt das aber nur mit Einschränkung (50). Dann gefährdet die Diskriminierung die Wettbewerbsordnung. Wer "beherrschenden Einfluß auf dem Markt auszuüben vermag darf diese Macht nicht mißbrauchen" (51).

Die Geltung der §§ 26 II, 27 GWB beruht nun zwar auf der gesetzlichen Normierung. Der Staat war andererseits aber wohl aufgrund des Sozialstaatsprinzips ohnehin gehalten, den Mißbrauch privater Macht zum Schutz des ihr Ausgelieferten zu unterbinden. Läßt sich aus dem Programmsatz der Sozialstaatlichkeit auch nicht ein klagbarer Anspruch gegen den Gesetzgeber herleiten, so ist doch andererseits nicht zu bezweifeln, daß er hier in Erfüllung der Anforderungen des Grundgesetzes gehandelt hat. Aus diesem Grunde wird man wohl nicht aus dem engen Täterkreis der §§ 26 II, 27 GWB den Umkehrschluß ziehen dürfen, daß auf andere Täter die Anwendung dieser Vorschriften gerade ausgeschlossen sein müsse. Wo überhaupt wirtschaftliche Macht zuungunsten Schwächerer mißbraucht wird, da muß vom Staat verlangt werden, daß er eine seinen sozialen Anforderungen entsprechende Grenze aufstellt, daß er also die Rechte des Schwächeren gewährleistet. Damit dürfte aber bei §§ 26 II, 27 hinsichtlich der Täter eine Analogie möglich sein. Gerade als Grundsatz zur Auslegung des bestehenden Rechts entfaltet der Satz vom sozialen Rechtsstaat seine größte Bedeutung und verpflichtet gerade auch die rechtsprechende Gewalt, bei allen Entscheidungen den Maßstab der sozialen Gerechtigkeit zu beachten (52).

Die Frage, ob §§ 26 II, 27 GWB eine Hinzuziehungspflicht beinhalten können, spitzt sich folglich dahin zu, ob die Verbraucherverbände eine wirtschaftliche Machtstellung innehaben und ob sie diese mißbrauchen, wenn sie Unternehmer nicht hinzuziehen. Ist ein Mißbrauch überhaupt möglich, so muß weiter gefragt werden, unter welchen Umständen er gegeben ist.

5. Dazu muß man sich die Situation bei der Nichthinzuziehung vergegenwärtigen. Über die Ware des nicht hinzugezogenen Unternehmers wird ein negatives Urteil abgegeben, der Ruf der Ware wird damit beeinträchtigt. Daraus wird dem nicht Hinzugezogenen Schaden entstehen, den er sogar durch Gegenwerbung wohl gar nicht mehr ganz ausmerzen kann, denn Werbung wird gewöhnlich weniger ernst genommen als die Aussage einer neutralen Stelle. Es steht also in der Macht der Verbraucherverbände, einzelne Unternehmer zu schädigen. Die Schädigung tritt auch gerade durch Verschiebung der Chancen am Markt ein. Daß der Bevorzugte

50) so die Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs aaO. S. 1068

51) Amtliche Begründung aaO.

52) von Mangoldt-Klein Anm. VII 2 b zu Art. 20 GG

nicht der Diskriminierende selbst ist, entspricht dem Normalfall des § 26 II (53). Den Verbraucherverbänden kommt daher bei den Warenvergleichen eine marktbeeinflussende Machtstellung zu. Fraglich ist, ob diese derjenigen vergleichbar ist, die §§ 26 II, 27 verlangen. An den Ausdruck "marktbeherrschendes Unternehmen" in § 26 II, wie er durch § 22 I GWB definiert wird, darf man sich dabei nicht klammern. Der die Zweckrichtung des § 26 II fortsetzende § 27 zeigt ja, daß es dem Gesetzgeber weniger auf die Art der Macht des Diskriminierenden ankam, als auf dessen Möglichkeit, den Diskriminierten zu benachteiligen. Es ist folglich nicht eine marktbeherrschende Stellung der Verbraucherverbände in dem Sinne zu suchen, daß sie bei der Veranstaltung von Warenvergleichen ohne Wettbewerber oder im wesentlichen keinem Wettbewerb ausgesetzt seien. Die Wirkung der Warenvergleiche liegt ja in einer Marktbeeinflussung. Die Leser werden angeregt, nicht besprochene Waren zu meiden. Die Unternehmer können sich auch gegen die Warenvergleiche nicht wehren. Sie sind deshalb auf eine Hinzuziehung angewiesen, wenn sie nicht Nachteile erleiden wollen. Es gibt für sie in gleicher Weise wie in den Normalfällen der §§ 26 II, 27 GWB kein anderes zumutbares Verteidigungsmittel als sich an den Diskriminierenden zu halten. Deshalb wird man wohl eine analoge Anwendung der §§ 26 II, 27 GWB auf die Nichtinzuhaltung zu den Warenvergleichen der Verbraucherverbände bejahen müssen.

Hierfür spricht auch die Gleichstellung der Gütezeichengemeinschaften mit den Wirtschaftsvereinigungen in § 27 I 2 GWB. Gütezeichengemeinschaften sind auf freiwilliger Grundlage geschlossene Vereinigungen von Unternehmen, die als Träger von Gütezeichen Gütebedingungen aufstellen und deren Erfüllung durch die Mitglieder überwachen (54). Schaden können die Nichtmitglieder dadurch erleiden, daß ihre Ware - nicht mit dem Gütezeichen ausgestattet - dem Verbraucher weniger gut erscheint. Auch die Hinzuziehung zu einem Warenvergleich ist in den Augen des Verbrauchers aber eine Art Gütezeichen, denn die Ware des Hinzugezogenen ist in den Kreis der verbraucherbedeutenderen aufgenommen worden. Materiell besteht daher kein Unterschied, ob das Gütezeichen von einer Unternehmervereinigung verliehen wird oder von einer neutralen, außerhalb des betreffenden Warenzweiges stehenden Organisation. Würde der Staat gar ein solches Zeichen verleihen, so wäre ja sogar Art. 3 I GG maßgeblich. Es ist darum nicht einzusehen, warum die Stellung des nicht Hinzugezogenen eine schlechtere sein müßte, wenn die Verbraucherverbände die Vorstellung von der Güte der Waren vermitteln.

53) Benisch im Gemeinschaftskommentar Anm. 37 zu § 26 GWB.

54) Baunbach-Hefermehl RdNr. 6 zu § 27 GWB; Benisch im Gemeinschaftskommentar Anm. 12 zu § 27 GWB

6. Inhalt des mittels Analogie gefundenen Rechtssatzes ist nun nicht eine schablonenhafte Gleichbehandlung, sondern die Regel, daß die Verbraucherverbände ein Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, nicht gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln dürfen.

a) Der Geschäftsverkehr braucht nicht zwischen dem Diskriminierenden und dem Diskriminierten zu bestehen (55). Hier ist es der den Vertrieb der verglichenen Warenart betreffende. Er ist auch gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich, denn tatsächlich sind ja sowohl die hinzugezogenen, als auch die nicht hinzugezogenen Unternehmer an ihm beteiligt.

b) Weiter ist eine unmittelbare oder mittelbare unterschiedliche Behandlung des nicht hinzugezogenen Unternehmers Voraussetzung. Die unterschiedliche Behandlung liegt hier schon in der Voraussetzung, der Nichthinziehung des Ansprucherhebenden begründet, denn während die anderen hinzugezogen werden, wird es dieser nicht. Einer Unterscheidung, ob eventuell ungleiche Fälle vorliegen, bedarf es bei diesem Tatbestandsmerkmal nicht, weil auch dann eine unterschiedliche Behandlung begrifflich bejaht werden müßte. Die unterschiedliche Behandlung geschieht durch die Warenvergleiche stets unmittelbar, da sich die Verbraucherverbände keiner Mittelsperson bedienen.

c) Die bevorzugten Unternehmen müssen im Verhältnis zum Diskriminierten gleichartig sein. Bei den Warenvergleichen sind es ja dessen Konkurrenten, die Hersteller und Vertreibenden derselben Warenart. Die Gleichartigkeit der Unternehmen gründet sich hier auf die Gleichartigkeit der Erzeugnisse oder Leistungen. Völlige Identität aller Merkmale ist ja nicht erforderlich (56), so daß Gleichartigkeit beispielsweise zwischen dem Volkswagen- und dem Opelwerk zu bejahen ist. Freilich bestimmt sich die Frage der Gleichartigkeit nach dem besonderen Umfang des Tests. Es muß also gefragt werden, welche Warengattung geprüft ist und ob die verschiedenen Waren nach der Verkehrsauffassung geeignet sind, dasselbe Bedürfnis zu befriedigen (57). Gleichartigkeit liegt aber auch zwischen einem Versandhaus und einem Hersteller vor, wenn nur die vertriebenen Produkte gleichartig sind. Denn in der Stoßrichtung der Warenvergleiche ist die Funktion des Unternehmers völlig unerheblich. Es macht deshalb nichts aus, wie er die Ware vertreibt und ob er sie überhaupt selbst herstellt.

55) Benisch aaO. Anm. 38

56) Benisch aaO. Anm. 37 zu § 26 GWB

57) Schwartz im Gemeinschaftskommentar zum GWB Anm. 24 zu § 16

d) Schwieriger gestaltet sich nun die Frage, ob und wann im Einzelfall die Ungleichbehandlung sachlich ungerechtfertigt ist. Nur dann besteht ein Hinzuziehungsanspruch. Vor allem läßt sich hier keine allgemeingültige Antwort geben, sondern es ist auf den Einzelfall abzustellen. Deshalb können hier nur Grundsätze gesucht werden, wann eine Ungleichbehandlung sachlich ungerechtfertigt ist.

aa) Das Merkmal "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" ist in erster Linie, wie die Wortwahl zeigt, nach objektiven Gesichtspunkten zu prüfen. Es umfaßt jedes sittenwidrige Verhalten (58), erschöpft sich darin aber nicht. Teilweise wird es mit "unbillig" gleichgesetzt (59). Benisch (60) ist aber darin beizupflichten, daß nicht geprüft werden muß, ob die unterschiedliche Behandlung unter Berücksichtigung der Gründe des Handelnden eine unangemessene Wirkung bei dem Betroffenen auslöst (61). Im Ergebnis wird einhellig vertreten, daß das entscheidende Kriterium in der Wettbewerbswidrigkeit der Handlung zu erblicken ist (62). Die weitere Beschränkung des Frankfurter Kommentars (63), das Diskriminierungsverbot käme nur zum Zuge, wenn überhaupt keine sachgemäßen Überlegungen angestellt wurden, da es dem Gesetz nicht darauf ankäme, ob die unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt sei, sondern nur darauf, ob der Grund, der dazu führte, das gewesen sei, ist aber abzulehnen. Die Freiheit zu unterscheiden geht so weit, als dafür objektiv gerechtfertigte Gründe bestehen. Erst von da ab darf sie eingeschränkt werden. Ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht ja auch, wenn der Täter ihn nicht zum Gegenstand seiner Überlegung gemacht hat. Gleichwohl wäre dem unterschiedlich Behandelten dann aber nicht zu helfen, denn der Täter könnte jeder Unterlassungsklage und auch einem über einen Schadensersatzanspruch konstruierten Hinzuziehungsanspruch diesen Grund entgegenhalten. Das zeigt schon, daß es nicht auf die subjektiven Vorstellungen des Diskriminierenden ankommen kann, sondern auf die objektive Rechtslage abgestellt werden muß. Genauso wird auch die Abgrenzung im öffentlichen Recht bei Art. 3 I GG vorgenommen (64).

58) allgemeine Ansicht, vgl. Baumbach-Hefermehl Rdnr. 45 zu § 26 GWB

59) so Rasch Anm. 6 zu § 26 GWB; Langen Anm. III 2 b zu § 26 GWB,

Fikentscher WuW 58, 257, 264

60) aaO, Rdnr. 45 zu § 26 GWB

61) ebenso Frankfurter Kommentar Tz. 76 zu § 26 GWB; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 45 zu § 26 GWB, die nur objektive Gründe prüfen; Müller-Gries Rdnr. 31 zu § 26 GWB

62) Benisch aaO. Rdnr. 45; Rasch aaO. Anm. 6; Langen aaO. Anm. III 2 b; Müller-Gries aaO. Rdnr. 31; Fikentscher aaO. S. 264

63) Tz. 75 zu § 26 GWB

64) Maunz S. 107 ff

Bestehen nun aber sachlich gerechtfertigte Gründe für die ungleiche Behandlung, so ist diese auch sachlich gerechtfertigt. Ausgangspunkt muß deshalb wieder sein, daß grundsätzlich jeder das Recht hat, sich seine Geschäftspartner herauszusuchen, daß dies aber nach §§ 26 II, 27 GWB dann nicht gilt, wenn die freie Partnerwahl wegen der Marktmacht einer Partei gestört ist (65). Kein sachlich gerechtfertigter Grund liegt dann aber bei nicht marktkonformen Unterscheidungen vor (66). Sachlich berechtigt sind dagegen Differenzierungen, die auf rationaler wirtschaftlicher Überlegung beruhen und nicht Ausfluß gerade der Marktmacht des Differenzierenden sind (67). Mit Fikentscher (68) ist wohl auch als Grundregel zu sagen, daß sachlich ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlungen immer dann vorliegen, wenn die Unterscheidungen auf der Marktgegenseite entsprechende materielle Wettbewerbsbeschränkungen hervorrufen. Je stärker die marktbeeinflussende Stellung des Diskriminierenden ist, desto eher wird eine Diskriminierung sachlich nicht gerechtfertigt sein (69).

bb) Diese Grundsätze müssen auf die Warenvergleiche übertragen werden. Voranzustellen ist dabei folgendes: Zu den Gründen, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, gehört auch die Notwendigkeit einer Beschränkung des Kreises der verglichenen Waren, um überhaupt Warenvergleiche durchführen zu können. Die Interessen der Verbraucherverbände dürfen ja in diesem Rahmen Berücksichtigung finden. Ganz allgemein spricht es deshalb dafür, daß die unterschiedliche Behandlung insoweit sachlich gerechtfertigt ist, als sie notwendig ist und zu dem Zwecke geschieht, das Recht, Warenvergleiche zu veranstalten, nicht an praktischen Schwierigkeiten scheitern zu lassen. Insoweit spielt auch hier die Wahrnehmung berechtigter Interessen wieder eine Rolle.

A) Richtig wird es sein, auf den Marktanteil der betroffenen Unternehmer hinsichtlich der verglichenen Ware am deutschen Markt abzustellen. Liegen die Anteile eines hinzugezogenen Unternehmers und eines nicht hinzugezogenen nahe beisammen, so besteht für die Nichthinziehung des letzteren sachlich kein gerechtfertigter Grund. Wo die Grenze zu ziehen ist, läßt sich nicht allgemein sagen. Das muß für jede Warenart aus der gesamten Marktsituation hergeleitet werden. Unzulässig wird wohl die Nichthinziehung nur wegen ausländischer Herkunft eines Produkts sein, denn einen solchen Unterschied macht der Verbraucher regelmäßig nicht.

65) allg. Meinung, vgl. Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 45 zu § 26

66) Müller-Gries aaO. Rdnr. 31

67) Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 45; Fikentscher aaO. S. 264

68) aaO.

69) Fikentscher aaO.

B) Problematischer ist die Beschränkung des Tests auf Waren, die im gesamten Bundesgebiet vertrieben werden. Freilich ist die Verbraucher Rundschau und damit auch der Warenvergleich für dieses Gebiet bestimmt und bayerische Leser interessieren sich nicht für eine Margarine, die nur in Westfalen zu haben ist (70). Die westfälischen Leser können aber um so mehr daran interessiert sein. In dem Bereich, in welchem sie vertrieben wird, wird die betreffende Ware vielleicht eine Spitzenstellung einnehmen. Die Beschränkung des Tests aufgrund der territorialen Verbreitung der Waren wird deshalb nur dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Marktanteil einer nur beschränkt vertriebenen Ware in bezug auf das ganze Bundesgebiet erheblich unter dem der Waren der Hinzugezogenen liegt. Auch wenn die Interessen des nicht Hinzugezogenen nicht zu berücksichtigen sind, so muß der Unterschied doch wohl größer sein als oben bei A), weil eine im ganzen Bundesgebiet vertriebene Ware für die Verbraucher insgesamt keine größere Bedeutung hat, als eine in einem Teil desselben sehr erfolgreiche, die insgesamt aber einen etwas geringeren Marktanteil hat. Das ist auch keine unbillige Verschärfung der Anforderungen an die Verbraucherverbände. Andererseits bedeutet die Umrechnung auf das gesamte Bundesgebiet ja eine Erleichterung (71).

C) Sachlich gerechtfertigt wird grundsätzlich eine Unterscheidung sein, die auf der Spezialisierung der getesteten Warenart beruht. Dann werden eben - für jeden ersichtlich - nur Waren dieser besonderen Art getestet. Die Begrenzung muß dazu aber im Warenvergleich angegeben sein. Freilich kann trotzdem bei nur ähnlichen Waren ein Absatzrückgang eintreten. Diesen müssen die betroffenen Unternehmer aber hinnehmen, weil die Freiheit der Verbraucherverbände, nur eine bestimmte Warenart zu testen, vom Staat nicht beschränkt werden kann. Die Spezialisierung darf aber ihrerseits nicht willkürlich sein. Sie muß vielmehr durch das Interesse der Verbraucher begründet sein. Kein sachlich gerechtfertigter Grund bestünde etwa bei einem Autotest für die Nichteinziehung aller Wagen, die den Schalthebel nicht an der Lenksäule hätten; denn insgesamt messen ja die Verbraucher den Unterschied zwischen Lenksäulen- und Bodenschaltung keine besondere Bedeutung bei. Im Gegenteil werden beide Systeme ähnlich viele Anhänger haben. Der Autokäufer sagt aber nicht zuerst "Ich will einen Wagen mit Lenksäulenschaltung" und überlegt dann, welches Modell in diesem Bereich infrage kommt. Ähnlich wird es hinsichtlich der automatischen Kupplung an Personenkraftwagen sein. Das könnte sich aber ändern, wenn sich diese Neuerung

70) vgl. DM 9/62 (Margarine); die "Bückeburger Beste" der Münsterländischen Margarinewerke wird nur in Westfalen vertrieben.

71) Die oben im 1. Teil 1. Abschnitt IV 2 b angeführte Formulierung im Waschmitteltest ist daher nicht ausreichend.

in den Käuferwünschen noch stärker durchsetzt. Ein sachlich gerechtfertigter Grund wird andererseits bei einem Fernsehgerätetest für die Nichthinziehung der sogenannten 53er-Geräte gegenüber den 59er-Geräten bestehen (72), denn letztere werden vom Publikum - nicht zuletzt wegen der Werbung der Hersteller, was aber nichts ausmacht - als Fortschritt auf dem Fernsehgerätemarkt angesehen. Ein Hersteller, der bei den 53er-Geräten stehengeblieben ist, hat dann eben in den Augen des Verbrauchers mit der Entwicklung nicht Schritt gehalten. Gleiches wird bei der Spezialisierung des Waschmaschinentests auf Vollautomaten gelten (73).

D) Die Frage, ob eine Nichthinziehung deswegen erfolgen darf, weil die Ware des nicht Hinzugezogenen einer anderen Preisklasse angehört als die verglichenen Waren, kann nicht allgemein entschieden werden. Auch hier wird es wieder auf die Verbraucherauffassung ankommen, etwa darauf, von wann ab eine Ware als Luxusartikel angesehen wird. Enge Grenzen sind hier nicht angebracht noch gerechtfertigt. Der Preis muß vielmehr von dem ihm aus dem Kreis der verglichenen Waren am nächsten stehenden so deutlich unterschiedlich sein, daß die Ware von dem Käufer der verglichenen Waren von vornherein gar nicht in die Auswahl einbezogen wird. Gewöhnlich ist der Preis ja neben der Qualität der Ware als für den Kaufentschluß entscheidendes Kriterium zu werten und zu würdigen. Ein sachlich nicht gerechtfertigter Grund für die Nichthinziehung ist dann aber jedenfalls, daß der Preis der Ware des nicht Hinzugezogenen den Marktbetrag übersteigt, den die Verbraucherverbände als Grenze gesetzt haben. Auch dann kann die Außerachtlassung dieser Ware nur gerechtfertigt sein, wenn die Verbraucher sie eben nicht mehr in Vergleich ziehen, wenn also auch die Preisgrenze unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt ist. Die Grenze von DM 12 000, -- beim Autotest (74) scheint mir beispielsweise richtig zu sein. Daß irgendwo eine Schranke gezogen werden muß, rechtfertigt sie zwar noch nicht. Die darüberliegenden Personenkraftwagen sind aber so deutlich teurer, daß sie von dem durchschnittlichen Käufer des verglichenen Mercedes 220 regelmäßig nicht in Erwägung gezogen werden (75).

E) Einen sachlich gerechtfertigten Grund kann keineswegs ein Qualitätsmangel abgeben. Auch eine erheblich schlechtere Ware darf nicht deswegen weglassen werden. Qualitätsanforderungen dürfen deshalb nicht Voraussetzung der Hinzuziehung sein, weil die Prüfung der Qualitätsunterschiede bezogen auf den

72) VR 10/61

73) VR 1/61

74) VR 1 und 2/62

75) Grundpreis des Mercedes 220; DM 11 500. --; BMW V8 (2, 6 Liter): DM 18 240. --

Preis ja nach dem geäußerten Zweck der materielle Inhalt des Warenvergleichs ist. Im übrigen würde die nicht durch Tatsachen belegte Einstufung einer Ware als wegen ihrer schlechten Qualität nicht für die Hinzuziehung infrage kommend schon deshalb unzulässig sein, weil sie der für jede Wahrnehmung berechtigter Interessen vorausgesetzten sachlichen Form entbehrte.

7. Offen ist noch die Frage, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn ein offensichtlich nicht vollständiger Warenvergleich veranstaltet wird, so daß die Schädigungsgefahr bezüglich der Abstempelung der Waren des nicht hinzugezogenen Unternehmers als weniger verbraucherinteressant gemindert sein wird.

a) Eine Unterschiedlichbehandlung liegt auch dann vor, denn dafür kommt es nicht auf die Abweichung von der durchschnittlichen Behandlung vergleichbarer Fälle an.

b) Entscheidend ist daher, ob ein sachlich gerechtfertigter Grund für diese Nichthinzuziehung gegeben ist. Das könnte folgender sein: Die Verbraucherverbände haben das Recht, Waren zu prüfen; auch nur eine Ware zu testen muß unter dem Gesichtspunkt der Freiheit der Meinungsäußerung und der Wahrnehmung berechtigter Interessen zulässig sein (75a). Eine vollständige Prüfung ist aber erheblich schwerer durchzuführen. Da nun Interessen des Unterscheidenden einen sachlich gerechtfertigten Grund abgeben können (75b), muß auch die Erleichterung der Abgabe einer Meinungsäußerung die Nichthinzuziehung rechtfertigen können. Die Verbraucherverbände können daher auch einen kleinen Hinweis testen. Aus der Herleitung dieses Rechts aus dem Interesse der Verbraucherverbände an beschränkten, erleichterten Aussagen ergibt sich aber, daß der gewählte Kreis selbst nicht willkürlich bestimmt sein darf. Er muß nach den obigen Grundsätzen festgelegt sein, so daß ein Autotest auf Kleinwagen beschränkt werden kann. Konkurrieren auf einem Warenssektor 20 Hersteller, von denen fünf erheblichen Anteil am Markt haben, die übrigen aber nur wesentlich weniger absetzen, so dürfen die Verbraucherverbände nicht vier der führenden und einen kleineren Unternehmer hinzuziehen. Nur wo keine Abstufungen möglich sind, wie etwa bei Schuhen oder Anzügen, wird man eine Grenzziehung nach sachlichen Gesichtspunkten nicht fordern können.

75a) vgl. OLG Stuttgart BB 61, 460 f. Die Verbraucher sind ja auch an Einzelaussagen interessiert

75b) vgl. Müller-Gries Rdnr. 31 zu § 26 GWB; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 45 zu § 26 GWB

8. Liegt eine unerlaubte Diskriminierung vor, so kann Schadensersatz dann verlangt werden, wenn die Verbraucherverbände schuldhaft gehandelt haben. Hierfür sind § 35 GWB analog und § 823 II BGB heranzuziehen. Fahrlässigkeit reicht dafür aus, so daß auch ein verschuldeter Irrtum bezüglich des sachlich gerechtfertigten Grundes für die Unterschiedlichbehandlung die Verbraucherverbände nicht von der Haftung freistellen kann. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum nicht die Sorgfaltspflicht der Verbraucherverbände wiederum sehr streng sein sollte.

VI. § 826 BGB

1. Allgemeines: Wenn man den unter V aufgezeigten Weg nicht gehen will, wird § 826 BGB als Anspruchsgrundlage von Bedeutung sein. § 826 bietet sich schon deshalb an, weil er alle Gesichtspunkte zu verwerten erlaubt, die die Erreichung wahrer Gerechtigkeit ermöglichen (76). Eine Gleichbehandlungspflicht tritt aber stets als ein Gebot der Gerechtigkeit auf (77). Der Zeiteinflüssen unterworfenen Begriff der "guten Sitten" im § 826 ist zudem einer derjenigen, durch die nach der herrschenden Meinung die Grundrechtswerte und somit auch der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG in das Privatrecht Eingang finden. Ein weiterer Vorzug gegenüber dem § 823 I BGB ist hier die Begründung der Rechtswidrigkeit aus dem Sittenverstoß (79), so daß die Rechtswidrigkeit darüber hinaus nicht begründet zu werden braucht und also im Falle einer Unterlassung keine Rechtspflicht zum Handeln darüberhinaus nötig ist. Was weiter auf § 826 BGB hinführt, ist das Institut des Kontrahierungszwanges, welches dem Hinzuziehungszwang sehr ähnlich ist. Beide Male soll ja ein Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit des einzelnen wegen Mißbrauchs einer wirtschaftlichen oder sozialen Machtstellung durch Aufstellung einer Gleichbehandlungspflicht beschränkt werden. Daß nach der Rechtsentwicklung eine Gleichbehandlungspflicht aufgrund des Prinzips der guten Sitten nur beim Kontrahierungszwang vorkommt, schließt nicht aus, daß dieses Prinzip im Zuge neuer tatsächlicher und rechtlicher Erscheinungen zur Ausfüllung einer Gesetzeslücke als mittelbare Grundlage einer Gleichbehandlungspflicht herangezogen werden kann. Gerade für neuartige Fälle sittenwidrigen Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht bietet sich der Rückgriff auf § 826 BGB an (80).

76) einhellige Meinung, vgl. Palandt-Gramm Anm. 1 zu § 826 BGB

77) Götz Hueck S. 3

78) vgl. unten 3 a cc

79) Enneccerus-Lehmann § 236 II 4; Palandt-Gramm Anm. 2a zu § 826 BGB

80) Hueck S. 168 f

2. Schadenszufügung:

§ 826 BGB setzt die Schädigung des ansprucherhebenden Unternehmers voraus. Daß eine Schädigung durch die Nichthinziehung eintreten kann, ist oben bereits dargelegt (81). Im Einzelfall muß sie der Kläger beweisen. Soweit der Schaden nicht auf der Nichthinziehung beruht, also von den Lesern eine gut abgeschnittene verglichene Ware der schlechten des nicht Hinzugezogenen vorgezogen wird, greift auch § 826 nicht ein, denn wenn die Verbraucherverbände dem Betroffenen denselben Schaden im Falle der Hinzuziehung zufügen durften, so kann die Herbeiführung der gleichen Schädigung nur durch Unterlassung nicht sittenwidrig sein.

3. Sittenverstoß:

Im Rahmen der Sittenwidrigkeit müssen sich die Grenzen der Hinzuziehungspflicht der Verbraucherverbände ergeben.

a) Grundsätzliches:

aa) Die Frage, ob Sittenwidrigkeit vorliegt, wird durch die herrschende Volksanschauung bestimmt. Dann liegt nach ständiger Rechtsprechung ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, wenn ein Handeln gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (81). Dabei sind durchschnittliche Maßstäbe anzulegen. Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalles (82).

bb) Um im Rahmen der guten Sitten zu bleiben, muß der Handelnde sich dort, wo Dritten Schaden droht, in der Verfolgung seiner eigenen Ziele beschränken (83). Sittenwidrigkeit kann demgemäß auch in besonders leichtfertigem Verhalten im Bewußtsein der möglichen Schädigung des anderen liegen, vor allem dann, wenn der Schädiger mit Rücksicht auf sein Ansehen oder seinen Beruf eine Vertrauensstellung einnimmt (84).

cc) § 826 BGB ist eine jener ausfüllungsfähigen und -bedürftigen Generalklauseln des Privatrechts durch die nach der herrschenden Meinung - wie oben zu IV 2 e dargelegt - die in den Grundrechten ausgedrückten Werte Eingang in das Privatrecht finden. Für die hier anstehende Problematik interessiert das im Hin-

81) vgl. 1. Abschnitt I 2

81) RGZ 48, 114, 124 f

82) Enneccerus-Nipperdey § 162 IV 2

83) Enneccerus-Lehmann § 236 II 3 b

84) BGH BB 56, 865, 866; Enneccerus-Lehmann § 236 II 3 c; Palandt-Gramm Anm. 2 g zu § 826 BGB

blick auf Art. 3 I GG.(85). Als allgemeiner Grundrechtswert kann daraus entnommen werden, daß Machtstellungen, denen der einzelne ausgeliefert ist, nicht zu einer erzwungenen Ungleichbehandlung von tatbestandsmäßig Gleichen führen dürfen.

dd) In diese Richtung geht auch die bisherige Ausgestaltung, die § 826 im Hinblick auf die Ausnutzung wirtschaftlicher Macht derart gefunden hat, daß deren willkürliche Ausnutzung sittenwidrig ist (86). Rechtslehre und Rechtsprechung haben so aus § 826 einen Kontrahierungszwang für Monopolinhaber hergeleitet, der eine Verschiedenbehandlung der Abnehmer ausschließt (87). Die Pflicht zu gleichmäßiger Behandlung ist dabei natürlich auf vergleichbare Fälle beschränkt (88). Für die Sittenwidrigkeit des Monopolmißbrauchs wird allerdings verlangt, daß das Allgemeininteresse dahin gehen müsse, daß jedermann an den vom Monopolinhaber zu verteilenden Gütern oder Diensten teilhabe, während es auf das Interesse des einzelnen an dem Genuß der betreffenden Güter nicht ankomme (89). Diese Beschränkung dürfte, wie Gleiss (90) richtig erkennt, wohl daran liegen, daß das Reichsgericht zu sehr Versorgungsunternehmen im Auge hatte. Gleiss ist auch darin beizupflichten, daß man zu einem brauchbaren Ergebnis kommen wird, wenn man immer dann ein Interesse der Allgemeinheit an einem Abschlußzwang gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen bejaht, wenn dadurch der Wettbewerb, dessen Freiheit ja Teil unserer Wirtschaftsverfassung ist, hergestellt wird. Diese Auslegung, die jetzt hinsichtlich des Kontrahierungszwanges für marktbeherrschende Unternehmen wegen des Diskriminierungsverbots des GWB nicht mehr im gleichen Maße aktuell ist, ist doch durch letzteres Institut bestätigt worden und kann um so bedenkenloser für das Institut des Kontrahierungszwanges im allgemeinen verwendet werden. Sittenwidrig ist dann ein Verhalten, das den Wettbewerb unter den Betroffenen verhindert (91) oder sonst beeinträchtigt.

85) Art. 12 I GG kommt nicht in Betracht, da mit der Erschwerung des Absatzes einer Ware nicht die freie Berufswahl beeinträchtigt wird (vgl. BVerfGE 9, 39, 48; 9, 73, 78 f; BGHZ 36, 91, 98 f)

86) RGRK Anm. 46 zu § 826 BGB

87) RGZ 132, 273, 276; 48, 114, 118 f; Enneccerus-Lehmann § 236 III 3 d; Coing NJW 47/48, 213 ff

88) Götz Hueck S. 79

89) RGZ 102, 396 ff; 132, 273 ff; 148, 326 ff; OLG Hamm MDR 52, 167; Palandt-Danckelmann Anm. 3a vor § 145 BGB

90) MDR 52, 398, 400

91) so Gleiss aaO. S. 400

Mit dem Begriff des Allgemeininteresses wird man heute ohnehin kaum mehr Beschränkungen des Kontrahierungszwangs herbeiführen können, da man den Kontrahierungszwang als eine Überordnung des Sozialstaatsprinzips über die Vertragsfreiheit ansehen muß (92). Entscheidend und die Beschneidung der Rechte des Mächtigeren rechtfertigend sind daher gerade die Belange des Schutzbedürftigen. Das Allgemeininteresse muß daher gerade in diese soziale Richtung gelenkt werden. Ist das GWB grundlegendes Gesetz der Wirtschaftsverfassung (93), dann muß es auch erlaubt sein, die Werte, die in ihm Ausdruck gefunden haben, bei der Auslegung der Generalklausel des § 826 auf wirtschaftlichem Gebiet heranzuziehen. Da das GWB den Leistungswettbewerb zu einem führenden Ordnungsprinzip des wirtschaftlichen Lebens gemacht hat (94), ist auch außerhalb der tatbestandsmäßig erfaßten Fälle des GWB auf seine Freihaltung von künstlichen Verfälschungen zu achten.

b) Diese allgemeinen Grundsätze müssen auf die Nichthinanzuziehung zu den Warenvergleichen der Verbraucherverbände im konkreten Fall angewendet werden.

aa) Zieht man den Kontrahierungszwang als Vorbild des Hinzuziehungszwanges heran, so ist doch immer erforderlich, daß der Betroffene auf die Leistung des Verweigernden angewiesen ist. Daß er sonst auf ein ungünstigeres Angebot ausweichen muß, reicht nicht aus. Nun ist aber oben (95) aufgezeigt, daß es für den nicht Hinzugezogenen kein Ausweichen gibt. Der Test wird nur von den Verbraucherverbänden veranstaltet. Damit entscheiden diese über Vor- und Nachteile am betroffenen Markt. Mit eigener Werbung können die Unternehmer solche Nachteile auch nicht ausreichend verhindern. Der Fall ist also dem des Kontrahierungszwangs durchaus vergleichbar. Die Verbraucherverbände dürfen daher ihre Machtstellung nicht willkürlich zum Schaden einzelner Unternehmer ausüben.

bb) Da die Maßstäbe, die an eine Handlung bezüglich ihrer Sittengemäßheit angelegt werden, besonders streng sind, wenn die Gefahr der Schädigung sehr groß ist und die Verbraucherverbände eine besondere Vertrauensstellung bei ihren Lesern einnehmen, wird man grundsätzlich jede Willkür für sittenwidrig ansehen müssen. Die Verbraucherverbände stehen ja im Ruf der Neutralität. Ihr Wort wird daher besonders kritiklos gehört. Die Verbraucherverbände schwingen sich der

92) vgl. Raiser JZ 58, 1, 8

93) so BGHZ 36, 91, 102

94) Baumbach-Hefermehl Einl. GWB Rdnr. 2

95) V 5

Allgemeinheit gegenüber zu Richtern über das konkurrierende Angebot auf. Diese Vertrauensstellung mißbrauchen sie aber, wenn sie nicht bereits bei der Auswahl gerecht handeln. Tritt ein Warenvergleich daher im Gewand der Vollständigkeit auf, so darf er nicht unvollständig sein, denn dann würde er das Publikum irreführen. Unvollständig ist er aber, wenn Angebote nicht einbezogen worden sind, die an Bedeutung am Markt den getesteten vergleichbar gewesen wären. Daraus ergibt sich ein Hinzuziehungszwang bezüglich dieser Angebote. In diese Richtung geht auch die Berücksichtigung des Gerechtigkeitsgedankens des Art. 3 I GG in § 826 BGB, der so aufzufassen ist, daß die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dann gegen die guten Sitten verstößt, wenn der Diskriminierende bezüglich der betreffenden Handlung eine Machtstellung gegenüber dem ungleich Behandelten innehat. An sich muß natürlich nicht jedes Handeln, das dem Recht widerspricht, sittenwidrig sein. Aus der geschilderten besonderen Vertrauensstellung der Verbraucherverbände bei der Warenvergleichen ergibt sich aber eine so hohe Gerechtigkeitspflicht, daß jede willkürliche Behandlung sittenwidrig ist.

cc) Das gilt für den Warenvergleich, der von dem Leser für vollständig gehalten wird und insoweit kann wegen der Gesichtspunkte, wann eine willkürliche Nichthinziehung vorliegt, auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (96). Offen ist aber noch die Frage, welche Maßstäbe an einen Test anzulegen sind, der sich nicht den Anschein der Vollständigkeit gibt, insbesondere ausdrücklich darauf hinweist, daß er ein unvollständiger Überblick ist und daß über die nicht einbezogenen Waren nichts ausgesagt ist. In Anbetracht der Machtposition der Verbraucherverbände wird man hier folgendes sagen müssen:

Die Verbraucherverbände übernehmen eine die Unternehmerinteressen insgesamt erheblich beeinträchtigende Tätigkeit, die zwar durch ein stärkeres Recht gerechtfertigt ist, aber dazu doch wenigstens mit großer Sorgfalt ausgeführt werden muß. Die gleich große Sorgfalt, die die Verbraucherverbände bei der Prüfung und Auswertung des Tests walten lassen müssen, sind sie auch verpflichtet, in der Vorstufe, also bei der Bestimmung der Hinzuzuziehenden, walten zu lassen. Das ist gerade wegen der Sonderstellung der Verbraucherverbände eine sittliche Anforderung. Sie müssen sich zuerst also - etwa durch Nachfrage bei den Fachverbänden - ein genaues Bild über den betreffenden Wirtschaftszweig bilden. Danach stellt sich die Frage so: Besteht für die Nichthinziehung im Falle eines Tests, der nicht vollständig sein will, nach den Grundsätzen der Interessenabwägung ein berechtigter Grund?

Auch die Prüfung und Empfehlung nur einer Ware muß nun meines Erachtens aus

96) vgl. V 6 d bb

den Gesichtspunkten der Freiheit der Meinungsäußerung und der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein. Gerade Art. 5 GG muß hier bei der Güterabwägung den Ausschlag geben, zumal das Handeln der Verbraucherverbände ja altruistisch ist. Sind nun nur einige Waren gewissermaßen als Beispiele herausgegriffen, so wird man hieran keinen sittlichen Vorwurf knüpfen dürfen, wenn nur der Anschein der Vollständigkeit vermieden ist. Sind aber tatsächlich fast alle Waren getestet und nur vergleichsweise ganz wenige von den bedeutenderen weggelassen, so wird einmal der Vorbehalt der Unvollständigkeit von einem nicht unerheblichen Teil des Publikums nicht ernst genommen werden, zum anderen wird dann aber überhaupt das Interesse des betroffenen Unternehmers an der Hinzuziehung höher zu bewerten sein (97). Dann ist nämlich die Mehrbelastung der Verbraucherverbände durch die Hinzuziehung verglichen mit der Schädigung der nicht hinzugezogenen Unternehmer verhältnismäßig gering. Wer aber fremde Interessen bedroht, der muß sich ja in der Verfolgung seiner Ziele so weit wie möglich beschränken, um im Rahmen der guten Sitten zu handeln. Setzen sich die Verbraucherverbände also leichtfertig über die Interessen betroffener Unternehmer hinweg, so erfolgt diese Schädigung in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise. Daß die Verbraucherverbände sich dann bei sachlich nicht gerechtfertigten Unterscheidungen im Rahmen des Erforderlichen halten, ist ausgeschlossen. Zwar ist ihnen zuzugeben, daß sie Beschränkungen vornehmen dürfen, um nicht ihr Vergleichsrecht an praktischen Schwierigkeiten scheitern zu lassen. Sie lassen eine Ware aber ohne Not weg, wenn der Warenvergleich an sich schon ausführlich ist. Dann kommt es auf ein paar Waren mehr nicht mehr entscheidend an. Nur wenn solche Auslassungen trotz sorgfältiger Prüfung unterlaufen sind - was bei der Undurchsichtigkeit wirtschaftlicher Positionen möglich ist - läßt sich den Verbraucherverbänden ein sittlicher Vorwurf nicht machen.

dd) Von dieser Interessenabwägung aus gelangt man auch noch einen Schritt weiter. Besteht im Falle eines den Eindruck der Vollständigkeit erweckenden Warenvergleichs - etwa wegen der geringeren Marktbedeutung keine Hinzuziehungspflicht, so ist es doch den Verbraucherverbänden leicht möglich und deshalb zuzumuten, daß sie die Gründe angeben, die für die Hinzuziehung bzw. Nicht-hinzuziehung maßgebend waren, und so den Schaden verhindern, der den nicht hinzugezogenen Unternehmern aus der allgemeinen Abstufung ihrer Waren als verbraucherunbedeutend droht. Das wird für Waren nur territorialer Bedeutung oft wichtig sein, da der Durchschnittsleser in dem Gebiet, in dem eine solche Ware

97) Das Interesse der Verbraucher wird ohnehin kaum dahin gehen, daß vergleichbar bedeutende Waren bei einem an sich schon ausführlichen Warenvergleich weggelassen werden.

vertrieben wird. oft nicht bedenken wird. daß die Ware nur territorial vertrieben wird und deshalb außer acht gelassen worden sein kann.

4. Verschulden:

Schließlich muß die Schadenszufügung in § 826 vorsätzlich erfolgen. Der Vorsatz muß die gesamten Schadensfolgen umfassen. Es genügt das Wissen, daß die Handlung den schädlichen Erfolg haben wird oder daß sie ihn haben kann, wenn er für den Fall seines Eintretens auch gewollt wird (98). § 826 BGB kann darum auch dann zum Zuge kommen, wenn die Verbraucherverbände zwar nicht auf den schädlichen Erfolg der Nichthinziehung abzielten, wenn ihnen aber bewußt war, daß hierdurch die nicht hinzugezogenen Unternehmer Schaden erleiden könnten, wenn sie diesen Schaden für den Fall seines Eintritts gebilligt haben. Gegen eine bestimmte Person braucht sich der Vorsatz nicht zu richten, wenn die Verbraucherverbände nur die Schädigung eines weiteren Personenkreises in ihren Willen aufgenommen haben (99). Demnach wird der durch Nichthinziehung eingetretene Schaden von den Verbraucherverbänden in der Regel vorsätzlich herbeigeführt sein. Des zu erwartenden Schadenseintritts bei allen nicht hinzugezogenen Unternehmern sind sich die Verbraucherverbände sicherlich bewußt, wenn sie die Auswahl treffen. Mit der Nichthinziehung haben sie dann notwendigerweise deren Schaden billigend in Kauf genommen, sie wollen eben den Warenvergleich trotz der entgegenstehenden Interessen dieser Unternehmer in dem vorgesehenen Rahmen durchführen. Ganz entfernt liegend, so daß Vorsatz entfielen (100), ist die Möglichkeit der Schadenszufügung ja nicht. Die Verbraucherverbände könnten lediglich irrig annehmen, daß sie zur Nichthinziehung berechtigt wären. Das beträfe aber das Merkmal der Sittenwidrigkeit und hierauf braucht sich nach ganz herrschender Auffassung in § 826 der Vorsatz nicht zu beziehen (101). Lediglich die Umstände, aus denen die Sittenwidrigkeit hergeleitet wird, müssen die Verbraucherverbände kennen. Irren sie hierüber, so scheidet allerdings Vorsatz aus, so daß aus § 826 kein Schadensersatz gefordert werden kann.

5. Unterlassungsklage:

Was bisher ausgeführt wurde, gilt für die Rechtsfolge des Schadensersatzes, die ja allein direkt dem § 826 entfließt. Die Unterlassungsklage wird auch hier einhellig nach einer Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB gewährt. Im Rahmen der Unterlassungsklage ist die Berufung auf eine den Sittenverstoß ausschließende Gutgläubig-

98) BGH NJW 51, 596, 597; BB 56, 865, 866

99) BGH BB 56, 865, 866

100) BGH NJW 51, 596, 597

101) vgl. BGHZ 8, 83, 87; Enneccerus-Lehmann § 236 II 3 c; Palandt-Gramm Anm. 3 b zu § 826 BGB

keit den Verbraucherverbänden dadurch abgeschnitten, daß der Kläger ja seine Vergleichbarkeit bewiesen haben muß. Es taucht aber noch eine andere Frage auf, nämlich die nach den allgemeinen Voraussetzungen der Unterlassungsklage aus § 826 BGB.

a) In der Frage, wann eine vorbeugende Unterlassungsklage aus § 826 BGB begründet ist, hat die Rechtsprechung geschwankt. Zunächst hat das Reichsgericht hierfür Verschulden des Täters verlangt (102), danach hat es die gegenständliche Sittenwidrigkeit der Handlung genügen lassen (103). Zuletzt ist das Reichsgericht aber wieder zu seiner ursprünglichen Auffassung zurückgekehrt und verlangte für die vorbeugende Unterlassungsklage, die eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 826 zum Gegenstand hat, daß der Tatbestand des § 826 durch diese Handlung "für die Vergangenheit sowohl gegenständlich wie auch in bezug auf die innere Willensrichtung" (104) gegeben war. Dem entspricht die herrschende Auffassung (105). So führt der Reichsgerichtsrätekommmentar aus, daß die abwehrende Unterlassungsklage wohl nicht anders als aufgrund des erfüllten Tatbestands der unerlaubten Handlung in der Vergangenheit denkbar sei, da sich der gegenständliche Tatbestand bei § 826 von dem persönlichen nicht trennen lasse (106). Esser (107) meint dasselbe, wenn er sagt, daß der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt sein müsse, wobei zu beachten sei, "daß der Vorsatz schon zum Tatbestand des § 826 BGB gehöre". Das hiergegen von Geipel (108) ins Feld geführte Argument, es sei unmöglich weil folgeunrichtig, bei der Rechtswidrigkeit ein persönliches Verschulden auszuschalten und dies bei sittenwidrigem Handeln nicht zu tun, berücksichtigt wohl nicht, daß der weite Umfang des § 826 gerade wegen des strengeren Grades des Verschuldens gerechtfertigt ist.

b) Die herrschende Auffassung scheint mir aber gleichwohl zu eng zu sein. Die Gewährung des quasinegatorischen Unterlassungsanspruches dient dem Zweck, eine Schädigung zu verhindern, weil damit dem Betroffenen mehr gedient ist, als

102) RGZ 48, 114, 118; 57, 239, 241 f

103) RGZ 60, 6, 7; JW 07, 47 f; 16, 739

104) RGZ 123, 271, 274; ebenso RGZ 130, 89, 91

105) anders Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 67 mit dem Zusatz, daß die Fälle bloßer objektiver Sittenwidrigkeit selten sein werden, da Vorsatz in § 826 nur das Bewußtsein der Schädigung umfasse.

106) Anm. 77 vor § 823 BGB; ebenso Erman-Drees 9 b ee vor § 823; Soergel-Schräder Rdnr. 33 zu § 826

107) S. 928

108) Die vorbeugende Unterlassungsklage S. 21

mit einem nachträglichen Ersatzanspruch (109). Der Betroffene soll also nicht eine Verletzung abwarten müssen und dann Schadensersatz verlangen können, sondern ihm soll die Möglichkeit gegeben werden, den Schadenseintritt überhaupt zu verhindern. Dem entspricht die Gewährung des Unterlassungsanspruchs ohne vorhergegangene Verletzung und hinzukommende Wiederholungsgefahr (110), wenn nur eine Schädigung unmittelbar drohend bevorsteht. Man muß deshalb den Unterlassungsanspruch dann bejahen, wenn durch die unmittelbar drohende Handlung ein Schadensersatzanspruch ausgelöst würde. Damit nützt man dem Verletzer wohl auch, weil dieser dann nicht Ersatz leisten muß.

c) Reimer (111) führt zur Unterlassungsklage aus § 826 BGB noch aus, daß diese nur möglich sei, wenn das objektive Tatbestandsmerkmal der Schadenszufügung vorliege. Das kann dem Wesen der Unterlassungsklage aber nicht entsprechen. Man dürfte dann auch aus § 823 I den Unterlassungsanspruch erst gewähren, wenn zum Beispiel das Eigentum verletzt wäre, denn dort ist die Eigentumsverletzung objektives Tatbestandsmerkmal. Im Falle der Unterlassungsklage aus § 826 kann es aber auch keinesfalls auf eine vorangegangene Schädigung ankommen, da die Unterlassungsklage doch stets nur auf die zukünftige Schädigung abzielt und - zumindest sonst - anerkanntermaßen unmittelbares Bestehen der ersten Beeinträchtigung schon den Abwehranspruch begründet. Zweck der Unterlassungsklage ist es ja gerade, die Schädigung gar nicht erst eintreten zu lassen.

d) Aus § 826 muß man demzufolge den Unterlassungsanspruch gegen unmittelbar drohende, sittenwidrige Schädigung dann gewähren, wenn diese im konkreten Fall nur vorsätzlich erfolgen kann. Wenigstens bedingter Vorsatz wird im Fall der Nichthinziehung in der Regel dann vorliegen, wenn der betroffene Unternehmer von der Vergleichsveranstaltung vor der Veröffentlichung Kenntnis erlangt und seine Hinzuziehung fordert. Da nicht jede Nichthinziehung sittenwidrig ist, könnten zwar Wertungsfehler auftreten. Diese berühren aber den Vorsatz nicht. Der ansprucherhebende Unternehmer braucht deshalb den Verbraucherverbänden nur die Umstände darzulegen, die die Vergleichbarkeit seiner Ware ergeben. Damit hat er erreicht, daß die Nichthinziehung nur vorsätzlich erfolgen kann und dringt mit seinem Unterlassungsanspruch durch.

6. Beseitigungsklage:

Für die Beseitigungsklage kann dies nicht gelten, da diese stets eine vorausgegangene Verletzung voraussetzt und nur die weitere Schädigung ausräumt. Da

109) Enneccerus-Nipperdey § 252 I 1

110) RGZ 101, 335, 339; 151, 239, 246; BGHZ 2, 394, 395; 17, 266, 291

111) 74. Kap. Anm. 10

eine sittenwidrige Schädigung, die nicht vorsätzlich geschehen ist, den Tatbestand des § 826 nicht erfüllt, wird man hier das Vorliegen der objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 826 verlangen müssen. Was den Unterschied bei der Unterlassungsklage rechtfertigt, nämlich, daß sie schon gegeben ist, wenn die zukünftige Schädigung nur vorsätzlich erfolgen kann, ist hier wegen der in der Vergangenheit liegenden Schädigungshandlung ja logisch ausgeschlossen.

3. ABSCHNITT: DIE HIERAUS FOLGENDEN ANSPRÜCHE DER NICHT HINZUGEZOGENEN UNTERNEHMER

I. Schadensersatzanspruch

1. Nur demjenigen, der durch eine unzulässige Nichthinanziehung einen Schaden erlitten hat, steht also gemäß §§ 26 II, 27, 35 GWB analog, 323 II BGB, 826 BGB ein Ersatzanspruch gegen die Verbraucherverbände zu, so daß der Schaden nicht zu ersetzen ist, der nicht auf der Nichthinanziehung beruht (112).

2. Die Art des Schadensersatzes bestimmt sich wieder nach §§ 249 ff BGB.

a) Der Zustand, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand, also die Nichthinanziehung des Betroffenen, nicht eingetreten wäre, läßt sich insoweit nicht wiederherstellen, als Verbraucher, die die ebenfalls gute Ware des nicht hinzugezogenen Unternehmers gekauft hätten, statt deren aufgrund des Warenvergleichs auf eine gut besprochene Ware ausgewichen sind. Hierfür muß gemäß § 251 I, 252 BGB Geldersatz geleistet werden.

b) Naturalrestitution ist bezüglich des Schadens möglich, der aus derselben Ursache wie bei a) herrührend für die Zukunft droht und kann als Wiederherstellung des Warenrufes verlangt werden. Sie muß durch eine nachträgliche Hinzuziehung zum Vergleich erfolgen, also durch eine Nachprüfung und Veröffentlichung der günstigen Daten des Produkts des Ansprucherhebenden in gleicher Weise wie die ursprüngliche Veröffentlichung geschah, demnach also in einem Heft der Verbraucher Rundschau.

c) Hinsichtlich des Schadens, der darauf beruht, daß die Verbraucher die nicht verglichene Ware als für die Käufer weniger interessant beurteilen als sämtliche mitgeprüften Waren, ist ebenfalls eine Naturalrestitution gemäß § 249 S. 1

112) vgl. oben 1. Abschnitt II 2

BGB möglich. Nur soweit die Käufer schon gewählt haben, bleibt nurmehr Geldersatz möglich. Die Naturalrestitution muß auch hier grundsätzlich durch eine Nachprüfung erfolgen. Besteht aber für die Nichtinzuziehung ein sachlich gerechtfertigter Grund und haben die Verbraucherverbände den Ruf dieser Ware nur deshalb unzulässigerweise geschädigt, weil sie diesen Grund nicht angegeben haben, so genügt schon die nachträgliche Angabe dieses Grundes zur Erfüllung des Schadensersatzanspruches.

d) Soweit er den Schaden nicht hinnehmen muß, kann der Unternehmer auch wiederum die Aufwendungen, die er zur Abwendung des Nachteils für notwendig halten durfte, ersetzt verlangen. Solche Aufwendungen werden wieder die Werbungskosten sein, die der Betroffene zur Schadloshaltung gehabt hat. Hier kommt die Aufklärung des Publikums über die Vergleichbarkeit oder die Gründe, die wohl zur Nichtinzuziehung geführt haben, infrage.

e) Gegen einen Anspruch aufgrund der Schädigung des Warenrufes (113) kann im Falle schlechter Qualität der Ware des Klägers nicht eingewandt werden, daß ihm ein so hoher Schaden auch bei Hinzuziehung erwachsen wäre und dann kein Anspruch bestanden hätte. Der Schaden ist nämlich nur äußerlich der gleiche. Gäbe man ihm nicht den Anspruch, von den Verbraucherverbänden eine Rufwiederherstellung für seine Ware fordern zu können - eigene Werbung wird ja nie ein gleichermaßen aufmerksames Ohr finden - so könnte der Betroffene den Schaden, den ihm die Nichtinzuziehung künftig verursacht, so lange nicht mehr ausräumen, als der Warenvergleich fortwirkt. Denn eine Qualitätsverbesserung beseitigt zwar die Ursache, aufgrund deren ein Schaden zugefügt werden durfte, und würde die betroffene Ware den gut abgeschnittenen des Vergleichs gleichstellen. Das breite Publikum meidet die Ware aber nicht wegen eines schlechteren Qualitätsurteils, sondern weil es sie zu den weniger bedeutenden zählt. Es kümmert sich daher auch viel weniger um die qualitative Verbesserung. Folglich wäre es unbillig, dem Anspruchserhebenden entgegenzuhalten, daß ihm ein gleich großer Schaden ja auch zulässigerweise hätte zugefügt werden dürfen.

II. Beseitigungsanspruch

Da er sich gegen die fortwirkende widerrechtliche Beeinträchtigung richtet, hat er zwei Stoßrichtungen. Einmal wendet er sich gegen die Abstempelung der Ware als von geringerer Marktbedeutung, zum anderen hat er die Beseitigung der Beeinträchtigung einer guten Ware zum Gegenstand, wenn das Publikum - um sicher zu gehen - auf eine im Test gut abgeschnittene Ware ausweicht. Im ersteren Fall

113) vgl. oben c

muß die Beseitigung durch nachträgliche Hinzuziehung oder, wo berechnigte Gründe für die Nichtinzuziehung bestehen, durch nachschiebende Angabe dieser Gründe erfolgen. Im letzteren Falle kommt nur eine Nachprüfung infrage, die die Richtigstellung der Marktsituation in bezug auf die Ware des Klägers enthalten muß.

III. Unterlassungsanspruch

Mit ihm kann Unterlassung der Nichtinzuziehung verlangt werden, also Hinzuziehung zum Warenvergleich, oder, falls für die Nichtinzuziehung sachlich gerechnifertigte Gründe bestehen, die Unterlassung der Nichtangabe dieser, also die Nennung der Auswahlgründe in der Warenvergleichsveröffentlichung (114). Bezüglich der Angabe der Auswahlgründe darf aber nicht vergessen werden, daß ein Anspruch hierauf immer nur aus § 826 herzuleiten ist.

4. ABSCHNITT: DIE HIERAUS FOLGENDEN GRUNDSÄTZE FÜR DEN ZULÄSSIGEN WARENVERGLEICH

1. Für die Verbraucherverbände gilt grundsätzlich keine Pflicht, nach dem Teilnehmerkreis hin vollständige Warenvergleiche zu veranstalten. Bei offensichtlich nicht vollständigen Warenvergleichen ist deshalb kein Hinzuziehungsanspruch eines Unternehmers gegeben. Es gibt also keine wegen der Breite des Angebots angesichts der Notwendigkeit der Beschränkung des Vergleichs auf einen überschaubaren Kreis untestbaren Waren. Nur darf die Grenze dann nicht willkürlich gezogen sein.

2. Ist ein Warenvergleich aber so ausführlich, daß ein nicht unerheblicher Teil des Publikums ihn für vollständig hält, so darf dieser Schein nicht trügen. Es dürfen dann nur sachlich gerechnifertigte Gründe zur Nichtinzuziehung führen. Diese müssen im Warenvergleich angegeben werden.

114) Das verlangt auch Hefermehl (GRUR 62, 611, 615), allerdings ohne einen hierauf gerichteten Anspruch des nicht hinzugezogenen Unternehmers zu untersuchen.

4. TEIL: DAS RECHT DER UNTERNEHMER, MIT DEN VERGLEICHSERGEBNISSEN ZU WERBEN

1. ABSCHNITT: ALLGEMEINES (1)

Das gute Abschneiden eines Unternehmers bei einem Warenvergleich bringt für ihn naturgemäß die Versuchung mit sich, den Vorteil, der ihm damit im Wettbewerb geboten wird, weiter auszunutzen. Die Warenvergleiche haben ja bisher einen noch ziemlich beschränkten Leserkreis und damit ist auch ihr Einfluß beschränkt. Ein Unternehmer, dessen Ware gut besprochen ist, wird sich daher bemühen, die Kunde hiervon zu verbreiten, damit noch mehr Verbraucher ihre Kaufentschlüsse von dem betreffenden Warenvergleich leiten lassen.

I. Das Interesse der Verbraucherverbände, diese Werbung zu verbieten

Die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände fügt ihren Warenvergleichen seit März 1962 bei: "Nachdruck - auch auszugsweise - nur mit Genehmigung der Redaktion", nachdem sie sich zuvor nicht um eine Weiterleitung gekümmert hatte (2). Eine Genehmigung zum Nachdruck zu Werbezwecken erteilt sie nicht (3). Die Rechtsgrundlage eines solchen Verbots findet sich im Gesetz vom 19.6.1901, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LitUrhG). Die Warenvergleiche sind Schriftwerke, welche der Belehrung dienen und werden deshalb nach § 1 I Satz 1 LitUrhG nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützt. Gemäß §§ 11 I, 15 I, 18 I LitUrhG bedarf die Vervielfältigung der Einwilligung der Verbraucherverbände, da sie die Warenvergleiche neuerdings mit einem Vorbehalt gemäß § 18 I versehen. § 18 II trifft andererseits nicht zu, da die Warenvergleiche keinem wissenschaftlichen Zweck dienen. Welches Interesse können die Verbraucherverbände aber an einem solchen Verbot der Werbung mit ihrem Test haben? Eine wenn auch etwa unzulässige Werbehandlung eines gut abgeschnittenen Unternehmers unter Verwendung des Warenvergleichs macht den Test der Verbraucherverbände nicht rechtswidrig (4). Die Handlung der Verbrau-

-
- 1) Für die folgenden Überlegungen soll unterstellt werden, daß der der Werbung zugrunde liegende Warenvergleich selbst unanfechtbar ist.
 - 2) Die DM enthält seit Heft 19/62 denselben Zusatz.
 - 3) laut Schreiben vom 10.12.1962
 - 4) a. A. wohl Helle (NJW 62, 1177, 1178 f und 1180), der argumentiert: wenn die Nummer einer Zeitschrift mit dem Test in größerer Menge an die Firma verkauft werde, deren Ware darin günstig beurteilt worden ist, so könnte das Förderung fremden Wettbewerbs durch Unterstützung vergleichender Werbung

cherverbände ist bereits abgeschlossen. Die Verbraucherverbände haben auch nicht die Pflicht, solche Folgen auszuschließen (5). Vielmehr darf den Test jeder so lange ausnutzen, als er sich in den Grenzen des Erlaubten hält. Geht er darüber hinaus, so bestehen Ansprüche gegen ihn, nicht aber gegen den Urheber des zulässigen Tests. Den Verbraucherverbänden drohen also keine Nachteile (6). Vor allem wird der Abnehmerkreis der Verbraucher Rundschau nicht deshalb geringer, weil Testergebnisse in irgendwelcher Form auch wieder durch die Werbung zu erfahren sind (7). Eher können der Verbraucher Rundschau neue Leser gewonnen werden, die erst so darauf aufmerksam werden, daß die Warenvergleiche praktisch verwertbar sind. Wichtiger als das ist aber, daß die Werbung des gut abgeschnittenen Unternehmers ja in die Richtung des von den Verbraucherverbänden verfolgten Zweckes geht und die Wirkung des Warenvergleichs verstärkt, da es ihm eine weitere Verbreitung sichert und selbst wenn nur mitgeteilt wird, daß das Angebot des Werbenden das beste war, so wird damit doch das erreicht, was die Verbraucherverbände beabsichtigen: den Käufer zu einem günstigen Kaufentschluß anzuleiten. Hauptmittel der Marktinformation bleibt bei der tatsächlich beschränkten Wirkung des Warenvergleichs doch die Werbung (8). Mehr Verbraucher werden dann die gut beurteilte Ware kaufen. Das entspräche aber auch der Tendenz der Verbraucherverbände, die allgemeine Presse für die Warenvergleiche zu gewinnen. Letztlich kann dadurch das Qualitätsstreben der Unternehmer nur gefördert werden, denen sich derart eine wirksame Reklamequelle auf tut.

Die Verbraucherverbände können deshalb wohl kein ernsthaftes Interesse an einem Verbot der Werbung mit ihrem Warenvergleich haben. Die Nichtzulassung scheint vielmehr auf übergroßer Vorsicht zu beruhen. Die rechtliche Qualifizierung soll deshalb ungeachtet der bisherigen Praxis der Verbraucherverbände untersucht werden.

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 131:

sein, die gegen § 1 UWG verstoße. Jedenfalls wäre das mit dem Grundsatz unvereinbar, daß der Test sich auf die Wahrung des Verbraucherinteresses beschränken und deswegen jede Begünstigung einzelner Erzeuger oder Verkäufer vermeiden müsse. Ähnlich spricht Hefermehl (GRUR 62, 611, 615) von unlauterer Förderung unlauteren Wettbewerbs. Vgl. hierzu oben 2. Teil 3. Abschnitt I 2 d aa C.

5) ebenso Rinck BB 60, 949, 952

6) Auch der Nachdruck in der Presse kann verunstaltend und damit unzulässig sein. Trotzdem fördern die Verbraucherverbände solchen Nachdruck.

7) Das wäre wohl kein entscheidender Gesichtspunkt, wie die kostenlose Weitergabe an die Presse zeigt.

8) Leitherer MA 62, 571

III. Das Interesse der Unternehmer

Ein Interesse, die Werbung mit dem Warenvergleich zu verbieten, kann meines Erachtens nur auf Seiten der Konkurrenten des Werbenden vorhanden sein. Durch die Verstärkung der Wirkung des Warenvergleichs wird der Schaden, den ihnen die Testveröffentlichung zufügt, noch vergrößert. Die Werbung mit einer anerkannt objektiven Beurteilung ist ja häufig wirksamer als die rein subjektive Anpreisung (9). Der Werbende kann mit einem ihm günstigen Warenvergleich deshalb einen erheblichen Vorteil erzielen, mit dem ein entsprechender Nachteil bei seinen Konkurrenten einhergehen wird. Auch eine Verbesserung der Produkte dieser wird dem Verbraucher im Wege der Reklame dann schwerer klar zu machen sein.

IV. Die möglichen Handlungen der Werbung mit dem Warenvergleich

Die hinzugezogenen Unternehmer können den Warenvergleich in ihrer Werbung vollständig oder unvollständig wiedergeben.

1. Die vollständige Übernahme des Tests kann sich dann folgendermaßen gestalten:

a) Der Unternehmer erwirbt Exemplare der betreffenden Verbraucher Rundschau und gibt diese kostenlos an mögliche Kunden weiter.

b) Der Unternehmer stellt einen Nachdruck des gesamten Warenvergleichs her und reicht diesen weiter.

c) Der Unternehmer gibt sämtliche Einzeldaten des Warenvergleichs in seiner Werbung weiter, druckt insbesondere also die Tabelle ab. Die Vollständigkeit beruht hier darauf, daß die Tabelle ihrerseits einen vollständigen Vergleich enthält, zu dem das übrige, was in der Testveröffentlichung gesagt wird, im wesentlichen nur Erläuterung und Wiederholung ist. Die Tabelle repräsentiert daher den Warenvergleich.

d) Der Unternehmer gibt sämtliche Einzelbesprechungen weiter. Die Vollständigkeit dieses Verfahrens leitet sich daraus her, daß auch die Summe der Einzelbesprechungen den gesamten Test repräsentiert.

9) ebenso Leitherer aaO.

2. Die unvollständige Übernahme kann auch wieder in verschiedenen Formen erfolgen:

a) Sie kommt bezüglich des sachlichen Inhalts infrage, insbesondere wenn also nur die Rangskala weitergeleitet wird oder nur einzelne Eigenschaften verglichen werden.

aa) Ersterenfalls gibt der Unternehmer die vollständige Abstufung des geprüften Angebots, also alle Qualifizierungen, die der Test im Ergebnis verliehen hat (10), weiter. Man könnte meinen, daß auch dann die Wiedergabe wegen der Repräsentation des gesamten Vergleichs vollständig wäre. Das kann aber nicht sein, da eine bloß subjektive Abstufung des Angebots auch durch die Verbraucherverbände unzulässig wäre, weil sie nicht nachprüfbar wäre und nicht in sachlicher Form geschähe. Die Qualifizierung kann deshalb nicht alleine stehen, sondern sie muß im Zusammenhang mit ihren Voraussetzungen gebracht werden. Man könnte nun etwa argumentieren, daß die Veröffentlichung des Werbenden derart, daß er nur die Skala des Tests weitergäbe, einen Hinweis auf den betreffenden Warenvergleich darstellen und so doch vollständig sein würde. Hiergegen spricht aber entscheidend, daß es in der Regel nicht mehr möglich sein wird, die ursprüngliche Testveröffentlichung noch zu erhalten. Ganz abgesehen davon - und das darf nicht unberücksichtigt bleiben - würden sich nur die wenigsten Empfänger dieser Werbung die Mühe machen, diesen Hinweis zu verfolgen. Ein nicht unwesentlicher Teil des Publikums würde deshalb immer seinen Entschluß allein auf die Rangskala stützen.

bb) Im zweiten Fall greift der Unternehmer nur einzelne Eigenschaften heraus - sicherlich die, bei denen er besser abschnitt - und stellt die diesbezüglichen Daten oder Beurteilungen aller in den Warenvergleich einbezogenen Waren gegenüber.

b) Die Unvollständigkeit kann auch auf der Beschränkung des Teilnehmerkreises beruhen; das heißt: der Unternehmer gibt nicht die Ergebnisse bezüglich aller Hinzugezogener weiter.

aa) So kann er nur über sein eigenes Abschneiden sprechen und dabei alle oder einzelne der über seine Ware ermittelten Daten nennen, die Einzelbesprechung, die seine Ware erfahren hat, abdrucken, die Qualifizierung seiner Ware wiedergeben. Für letzteres gibt es ein Beispiel bezüglich des Elektrorasierertests der DM (11). In dem Inserat einer beteiligten Firma (12) hieß es:

10) Die AGV gibt bislang aber keine solche Abstufung bekannt.

11) Heft 3/62

12) z. B. in der SZ vom 31.10./1.11.1962

"Das ist der Rasierer, dem die DM die höchste Test-Note gab;

"Sehr empfehlenswert".

Die Beurteilung durch das Warentest-Institut der DM: "glatte Rasur in kurzer Zeit"; "alle Testpersonen gaben an, tief ausrasiert zu sein"; "besonders handlich"; "saubere und einwandfreie Ausführung"; "93 % der DM-Tester sagten: dieser Apparat ist gut".

bb) Das Zitat in der Werbung kann die Teilnehmer gezielt auswählen, insbesondere also solche Konkurrenten heranziehen, deren Waren schlechter als die eigenen abschnitten. Selbst der im Vergleich am besten abgeschnittene Unternehmer kann so noch eine viel stärkere Kontrastwirkung erreichen.

cc) Die Übernahme des Tests in der Werbung kann schließlich noch unter Ausschluß der Besprechung, die die eigene Ware erfahren hat, erfolgen.

3. Mögliche Kombinationsformen brauchen nicht eigens aufgezeigt zu werden, da sie in der rechtlichen Würdigung keine Unterschiede ergeben können.

V. Problematik

Die besondere Problematik, die sich hier eröffnet, ist die: eine Handlung, die sich, solange die Verbraucherverbände sie vornehmen, als Meinungsäußerung darstellt und durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt ist, wird nun als Werbehandlung dieser rechtfertigenden Grundlage entkleidet. Dem Werbenden geht es ja nicht um Verbraucheraufklärung, sondern um seinen wirtschaftlichen Erfolg.

2. ABSCHNITT: BEZUGNAHME AUF DEN WARENVERGLEICH ALS VERGLEICHENDE WERBUNG

I. Beziehung zur vergleichenden Werbung

Vergleichende Werbung - die übrige bezugnehmende Werbung interessiert hier nicht - ist dann gegeben, wenn der Werbende seine Leistung mit einer fremden vergleicht und seine als die vorzuziehende bezeichnet (13). Der Warenvergleich bietet einen Vergleich der den Verbraucher interessierenden Daten verschiedener Waren. Daß es sich bei seiner Veröffentlichung durch die Verbraucherverbände nicht um vergleichende Werbung handelt, liegt daran, daß die Verbraucherver-

13) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 15 zu § 1 UWG

bände nicht zu Zwecken des Wettbewerbs handeln. Dieses Kriterium ist aber dann gegeben, wenn einer der Hinzugezogenen den Warenvergleich für seine Reklame einspannt. Dann wird in der Regel vergleichende Werbung vorliegen. Rinck (14) hält daher die Weiterverbreitung der Vergleiche und Empfehlungen der Verbraucherverbände dann für unzulässig, wenn die Namen der mitvergleichenen und schlechter beurteilten Konkurrenten oder Produkte zu erkennen seien. Auch Spengler (15) hält die Veröffentlichung und Auswertung vergleichender Waren-tests durch den jeweils beteiligten Wettbewerber unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung für unzulässig, da sich die Kritik am Konkurrenzzeugnis zumeist als unrichtig, unvollständig, irreführend, unnötig herabsetzend oder sonstwie subjektiv gefärbt erweisen würde.

II. Meinungsstand zur vergleichenden Werbung

1. Die herrschende Meinung hält, fußend auf den Erörterungen von Kohler und Lobe (16) die vergleichende Werbung (17) für grundsätzlich unzulässig und sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG (18). Dafür dienen ihr verschiedene Argumente. In erster Linie sagt man, daß die vergleichende Werbung eine große Gefahr für die Lauterkeit des Wettbewerbs bedeute. Es sei wettbewerbsfremd, sich unter dem Anschein der Sachlichkeit zum Richter in eigener Sache aufzuwerfen, denn in eigener Sache könne niemand objektiv urteilen. Dem Verkehr, an den sich die Werbung wende, ja meist schon dem Werbenden selbst fehle die Möglichkeit wirklicher Nachprüfung (19). Eine wirkliche Aufklärung setze Objektivität voraus. Diese könne man aber von einem Kaufmann nicht erwarten, der seine Waren absetzen wolle (20). Niemand könne zugleich Partei und Überparteiischer in einer Person sein (21). Unsere Wettbewerbsordnung strebe als höchstes Ziel den echten

14) BB 60, 949, 952. Ob Rinck allerdings noch zu dieser Auffassung steht, mag im Hinblick auf seine Darlegungen zugunsten der vergleichenden Werbung in BB 62, 105 ff zweifelhaft sein.

15) MA 62, 283, 294

16) MuW 16, 127 ff bzw. 129 ff

17) zum Begriff vgl. insbes. Nerreter GRUR 33, 8, 11

18) ständige Rechtsprechung, vgl. RGZ 116, 277, 280 f; MuW 31, 626, 627; GRUR 38, 926, 929; 39, 982, 986; ebenso Reimer 78. Kap. Anm. 11; Droste GRUR 51, 140 ff und 53, 16 ff; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 15 zu § 1 UWG; Tetzner Anm. 128 ff zu § 1 UWG; von Godin-Hoth Anm. 30 zu § 1 UWG

19) so RGZ 116, 277, 281; MuW 31, 626, 631; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 24 zu § 1 UWG; von Godin-Hoth Anm. 30 a zu § 1 UWG; Tetzner Anm. 130 zu § 1 UWG; Bohrer MA 56, 345 f; Borck WRP 61, 1, 3

20) Greifelt DW 62, 4, 5

21) Bohrer MA 56, 345 f

eigenen Leistungswettbewerb an. Deshalb müsse ein Befassen mit dem Mitbewerber in der Werbung unzulässig sein, denn das sei nicht echter eigener Leistungswettbewerb (22). Es müsse dem Verbraucher überlassen bleiben, sich ein Urteil über Güte und Preiswürdigkeit der angebotenen Waren zu bilden (23). Die vergleichende Werbung leite den Verkehr nur irre, da sie dem Verbraucher das subjektive Urteil des Werbenden aufzudrängen versuche. Damit werde zumindest das Urteil des Kunden getrübt. An die Stelle der Sachlichkeit trete das Gefühl (24). Dem Durchschnittsverbraucher würde die vergleichende Werbung nur dann helfen, wenn er sachverständig, kritisch und wirklich interessiert wäre. Das sei er aber nicht (25).

Der Zulassung einer "wahrheitsgemäßen" vergleichenden Werbung stehe auch die Problematik entgegen, was Wahrheit sei. Das würde zu einer Flut von Prozessen führen (26). Auch Halbwahrheiten würde so Tür und Tor geöffnet, denn die Grenze, wie umfassend vergleichende Reklame sein müsse, um nicht durch Verschweigen wichtiger Momente irrezuführen, lasse sich nicht finden (27). Vielmehr sei alles relativ je nach dem Ausgangspunkt des Betrachters (28). Da man nicht alles in der vergleichenden Werbung zulassen könne, handle es sich auch nur um eine Verschiebung der Grenzen. Damit schaffe man Unsicherheit und tue der Wirtschaft keinen Gefallen (29).

Das Verbot der vergleichenden Werbung beruhe dagegen auf Gewohnheitsrecht (30). Unsittlich sei die Werbung mit der geringeren Leistungsfähigkeit eines Konkurrenten, da man die Rückständigkeit eines anderen nicht zur Werbung für die eigene Leistung benutzen dürfe (31). Soweit der Vergleich negative Urteile über die Leistungen anderer abgebe, handle es sich um Maßnahmen eines Behinderungswettbewerbs, da die Betroffenen in der Entfaltung ihrer kommerziellen Möglichkeiten gehemmt würden. Das aber sei nach herrschender Ansicht unzulässig (32). Viel-

22) von Godin-Hoth aaO. Anm. 30 d; Tetzner aaO. Anm. 128; Leo WRP 60, 293, 295 f

23) RG GRUR 37, 230, 232; Reimer aaO. Anm. 11; Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 25; von Godin-Hoth aaO. Anm. 30 vor a; Tetzner aaO. Anm. 130; Bohrer aaO.

24) Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 23; D. Reimer S. 21

25) Greifelt aaO.

26) Bohrer aaO. S. 346

27) Borck WRP 61, 1, 3

28) RG GRUR 33, 249, 250; von Godin-Hoth aaO. 30 c

29) Spengler DW 60, 75, 83

30) Leo WRP 60, 293, 296 f; Spengler DW 60, 75, 78; Rinck BB 62, 105, 106

31) Leo aaO. S. 295; Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 25; D. Reimer S. 20; ähnlich Tetzner aaO. Anm. 130

32) Leo aaO. S. 295; Borck WRP 61, 70, 73

mehr habe jedermann ein Recht auf Anonymität. Deshalb müsse zur Vornahme des Reklamevergleichs ein hinreichender Grund vorliegen (33).

Vereinzelt taucht noch ein sehr eigenartiges Argument auf: Es sei auch in der Privatsphäre unanständig, durch einen herabsetzenden Vergleich mit den geringeren Fähigkeiten und Leistungen eines anderen sich in den Vordergrund zu stellen. Es sei zum Beispiel taktlos und nicht mit den guten Sitten vereinbar zu sagen, die eigene Frau sei schöner als alle anderen, die eigenen Kinder intelligenter als die Sproßlinge aller Freunde. Warum aber im Wirtschaftsleben eine andere Beurteilung maßgeblich sein solle als in der Privatsphäre, sei nicht einzusehen (34).

Zuletzt sei noch ein interessanter neuer Weg erwähnt, das Verbot der vergleichenden Werbung zu begründen. Joetze (35) geht von der Verletzung des "good will" aus und leitet das Vergleichsverbot aus § 823 I BGB her. Sein Ergebnis unterscheidet sich aber nur unwesentlich von den anderen, da er die Tatbestandsmerkmale des § 823 I in den gleichen Umständen, die nach der herrschenden Auffassung die Sittenwidrigkeit begründen, sieht.

2. Zugelassen werden von der herrschenden Meinung nur einige besondere Vergleichsformen, nämlich der Vergleich auf ausdrückliches Verlangen des Kunden (36), der Abwehrvergleich (37), der Systemvergleich (38) und der Fortschrittsvergleich (39).

3. Die dargestellte, lange Zeit kaum kritisierte herrschende Ansicht stößt neuerdings auf erheblichen Widerstand, dessen Grundtendenz es ist, dem Verbraucher eine Chance zu geben, sachlich aufgeklärt zu werden.

Den Anfang machte Burhenne (40), der über Art. 2, 5, 11, 18 GG zu einer grundsätzlichen Zulässigkeit der vergleichenden Werbung gelangte. andererseits aber einschränkend zugeb, daß durch die verfassungsrechtlichen Schranken die Regel oft zur Ausnahme werde. Danach befürworteten die Verbraucherverbände, dem § 1 UWG einen Absatz 2 anzufügen, nach dem wahrheitsgemäße vergleichende

33) Nerreter GRUR 33, 8, 14

34) Leo aaO. S. 295; Greifelt aaO. S. 5

35) Superlativreklaame S. 64

36) BGH GRUR 59, 488, 491; Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 42

37) BGH GRUR 54, 337, 341; Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 41

38) BGH GRUR 58, 343, 345; Baumbach-Hefermehl aaO. Rdnr. 29 ff. Dabei werden aber nicht Waren verglichen.

39) BGH GRUR 61, 85, 90; Baumbach-Hefermehl aaO. 43

40) NJW 51, 249, 251

Werbung für Waren, die das Ziel verfolgt, den sachkundigen Verbraucher über die Preiswürdigkeit vergleichbarer Waren aufzuklären, ausdrücklich zulässig sein sollte (41). Das OLG Bremen hat in einem Fall, der eine Alleinstellung betraf (42), für einen Sittenverstoß vergleichender Werbung im Sinne von § 1 UWG nicht nur einen Verstoß gegen das Anstandsgefühl des Durchschnittsgewerbetreibenden sondern auch des Durchschnittsverbrauchers für erforderlich gehalten. Es hat ausgeführt, daß ein grundsätzliches Verbot der vergleichenden Werbung im Gesetz keine Stütze finde und die Sittenwidrigkeit nicht durch das bloße Vergleichen, sondern nur durch anderweitige Umstände begründet werden könne.

Zulässig soll der wahrheitsgemäße, von Werturteilen freie und sachliche Vergleich sein. Von einigen Autoren wird hierzu Vollständigkeit des Tests gefordert (43). Daß der Zulassung ein Gewohnheitsrecht entgegenstehe, bestreiten insbesondere Völz (44) und Borck (45). Im Einzelfall werde von den Gerichten doch immer die Frage des Sittenverstoßes besonders geprüft und bei seiner Ablehnung eine Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung gemacht (46). Insgesamt widerspreche das Verbot der vergleichenden Werbung aber dem Gesamtinteresse, da es die Konzentration in der Wirtschaft begünstige (47).

Die Argumente der herrschenden Auffassung würden nicht durchschlagen. Wer seine Ware sachlich mit der eines Konkurrenten vergleiche, der urteile nicht. Es handle sich vielmehr um ein Plädoyer in eigener Sache, wie das bei jeder Werbung der Fall sei. Anders fasse es das Publikum auch nicht auf. Richter bleibe deshalb stets der Kunde, der sich der Subjektivität der Werbung stets bewußt sei. Anderenfalls liefe fast jede Werbung auf ein Richten in eigener Sache hinaus, ohne daß sie sittenwidrig sei, denn wenn ein Kaufmann seine Ware als gut bezeichne, dann werte er auch schon (48). Auch Angaben über die eigenen Leistungen müßten nur objektiv richtig sein, sonst würden sie gegen § 3 UWG verstoßen. Es gebe auch Fälle, wo über die Wahrheit des Vergleichs kein Zweifel bestehe, der Vergleich aber trotzdem für unzulässig erklärt worden sei. Dann werde das Verbot

41) VPK 13/56; dagegen Bohrer MA 56, 345

42) BB 62, 74 ff; = NJW 62, 304 ff

43) Völz GRUR 62, 178, 184 insbes.; dagegen Antoni BB 62, 1171, 1174

44) WRP 61, 135

45) WRP 61, 70

46) Wenzel NJW 62, 81, 84

47) Wenzel aaO. S. 85

48) Wenzel aaO. S. 81; Schwamberger NJW 61, 1185, 1188; Leo WRP 60, 293, 294; Tetzner NJW 56, 1900, 1901 (Fußnote 11); Joetze S. 63; BGH GRUR 52, 416, 417; OLG Bremen NJW 62, 304, 305 f

der vergleichenden Werbung nur zur Irreführung der Verbraucher benützt (49). Bei einem Vergleich, der sachliche, nachprüfbare Angaben enthalte, könne jeder Verbraucher sofort sehen, ob die gegenübergestellten Daten für ihn von Bedeutung seien. Insofern schade die notwendige Relativität des Vergleichs nicht (50). Nachprüfbar aber seien die Angaben zumindest dem Konkurrenten. Der werde sich gegen einen unzutreffenden Vergleich sicher und mit Erfolg zur Wehr setzen (51). Gerade die Schwierigkeit bzw. Unmöglichkeit der Nachprüfung sei ein Argument gegen das Verbot der vergleichenden Werbung. Die Konkurrenten als die besten Kenner der Verhältnisse könnten durch Gegenüberstellungen am besten Klarheit verschaffen (52). So ermögliche der Vergleich erst eine sonst wegen fehlender Sachkenntnis oder Marktübersicht nicht zu erwartende wirtschaftlich orientierte Kaufentscheidung. Rinck (53) bemüht dazu einen Rechtfertigungsgrund der Markttransparenz, der besagen soll, daß Reklame - auch vergleichende - durch exakt nachprüfbare, wahre und in sachlicher Form publizierte Daten der Markttransparenz diene und daher erlaubt sein müsse, da sie dem Käufer ein Mittel sei, die Preiswürdigkeit der Angebote zu durchschauen, was aber gerade die Voraussetzung des Funktionierens einer Marktwirtschaft sei. Ein Vergleich, der sich im sachlichen Rahmen halte, sei gerade geeignet, die konkurrierenden Angebote zu differenzieren. Eine Irreführung sei von ihm nicht zu erwarten. Es werde ja gerade nicht das Gefühl angesprochen, sondern der Verstand (54). Gegen Irreführung helfe immer noch § 3 UWG (55).

Auch aus der Ausnutzung der geringeren Leistungsfähigkeit des Konkurrenten lasse sich ein Verbot der vergleichenden Werbung nicht herleiten, denn der Verbraucher habe ein Interesse die tatsächlichen Qualitätsunterschiede zu kennen. Der Betroffene aber könne die Qualität seiner Ware verbessern oder den Preis senken und dadurch den Vergleich unwahr und nach § 14 UWG verboten machen. Sei er zu einer Verbesserung oder Preissenkung nicht in der Lage, so entspreche es nur den Gesetzen der Wettbewerbswirtschaft, daß er Nachteile erleide (56). Schließ-

49) Völp WRP 62, 25, 27

50) Völp WRP 60, 197, 200 f

51) Wenzel NJW 62, 81, 82

52) Völp WRP 60, 197, 201 und 62, 25, 27; Wenzel aaO.

53) BB 62, 105 ff mit Erwiderung von Krieger BB 62, 240 f, der insbesondere auf die Marktverwirrung hinweist, wenn man vom Erfordernis der Vollständigkeit absieht.

54) Völp WRP 60, 197, 202; Leo WRP 60, 293, 294; Schwamberger NJW 61, 1185, 1188; Wenzel NJW 62, 81, 82; OLG Bremen NJW 62, 304, 305

55) Wenzel aaO. S. 82

56) Völp WRP 60, 197, 200 f

lich hat Völp noch versucht, die Zulässigkeit wahrheitsgemäßer vergleichender Werbung mittels eines Umkehrschlusses aus § 14 UWG zu begründen, der kredit-schädigende Tatsachen dann wenn sie erweislich war seien gerade zulassen wolle (57).

4. Stellungnahme:

Im Rahmen der Beurteilung der durch die Warenvergleiche der Verbraucherverbände aufgeworfenen Probleme würde eine Lösung der schwierigen Frage der vergleichenden Werbung zu weit führen. Wichtig ist aber schon, daß die herrschende Meinung nicht mehr unbestritten ist, sondern ihr in der Lehre und auch in der Rechtsprechung schon heftig widersprochen wird. Man wird deshalb sich nicht einfach mit dem Schlagwort vom "Verbot der vergleichenden Werbung" begnügen können, sondern die Anspruchsgrundlage materiell prüfen müssen.

Auch die erwähnte Ansicht des OLG Bremen bezüglich des das Merkmal der Unsittlichkeit begründenden Verkehrskreises verdient Beachtung. Die Betonung der sozialen Funktion, die sich im Wettbewerbsrecht in letzter Zeit allgemein durchgesetzt hat (58), muß auch hier ihren Niederschlag finden. Das wird auch von der herrschenden Meinung zugegeben (59), allerdings aber nur in der Richtung, daß gegenüber einer strengeren Auffassung der Allgemeinheit eine gegenteilige der Mitbewerber unbeachtlich sei, während umgekehrt eine weitere Auffassung der Allgemeinheit gegenüber einer strengeren der Mitbewerber nicht zum Zuge kommen soll. Das ist aber von dem vorangestellten Ausgangspunkt aus inkonsequent. Das UWG ist nicht mehr ausschließlich das Recht der Gewerbetreibenden. Deshalb kann diesen auch nicht die Befugnis zukommen, allein zu entscheiden, was erlaubt ist. Daß man der Allgemeinheit - sozusagen als Sperriegel - da ein Mitspracherecht gibt, wo es darum geht, was verboten ist, reicht nicht aus. Wenn

57) aaO. S. 198. Diese Argumentation kann aber als widerlegt gelten, da § 14 UWG als nicht abschließende Regelung § 1 UWG nicht ausschließt; vgl. dazu Wenzel aaO. S. 81; Borck WRP 61, 1, 4.

58) vgl. RGZ 120, 47, 49; BGHZ 19, 392, 396 f; 23, 365, 371; vgl. auch oben 2. Teil Fußnote 40

59) RG GRUR 40, 54, 56 f; Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr. 54; Zu den beteiligten Verkehrskreisen gehören nach RGZ 145, 396, 399 auch die Personen, denen gegenüber das zu beurteilende Verhalten der Gewerbetreibenden geübt wird. Noch weiter RGZ 149, 224, 228: "Ganz abgesehen davon, daß nur die Mitberücksichtigung der Belange der Allgemeinheit dem heutigen Rechtsempfinden entspricht, stimmen die Belange der lauterer Wettbewerber mit denen der Allgemeinheit überein".

schon die Interessen der Allgemeinheit, die ja an der Lauterkeit von Wettbewerbshandlungen gerade im Bereich der Werbung ein schutzwürdiges Interesse hat, im Rahmen des § 1 UWG Bedeutung zugesprochen wird - und das wird sich im Hinblick auf die soziale Ausrichtung unseres Staates nicht umgehen lassen - dann muß auch ein freieres Empfinden der Allgemeinheit, die wissen will, welches Angebot tatsächlich das günstigste ist, berücksichtigt werden, zumal die engere Auffassung der beteiligten Gewerbetreibenden oft auf dem Streben nach einem bequemerem Wettbewerb beruhen wird. Der Durchschnitt der Gewerbetreibenden wird begreiflicherweise immer gegen die Herausstellung eines Spitzenangebotes sein. Zu dem Kreis der richtig ermittelten Beteiligten müssen daher Verbraucher und Mitbewerber gemeinsam zählen. Deshalb wird das Interesse der Allgemeinheit an wahrer und sachlicher Information die Sittenwidrigkeit vergleichender Werbung ausschließen können. Hierzu werden aber - sonst kann der den Verbraucherinteressen entsprechende Zweck nicht erreicht werden - Wahrheit und Sachlichkeit der betreffenden Werbehandlung erforderlich sein. Der Wahrheitspflicht wird nur dann genügt sein, wenn der Vergleich vollständig ist. Sonst muß er die Verbraucher irreführen. Was vollständig ist, ist wieder nach der Auffassung des durchschnittlichen Verbrauchers zu beantworten. Die Vollständigkeit wird hier nicht nur im sachlichen Bereich gefordert werden müssen, sondern auch hinsichtlich des Kreises der verglichenen Waren, denn schließlich wird bis auf einen Unternehmer jeder noch einen schlechteren finden, von dem er sich positiv abheben und so den Eindruck eines günstigen Angebots erwecken kann. Das Publikum schließt aus einem günstig bestandenen Vergleich auf eine gute Ware und läßt sich leicht über die Relativität des Vergleichs täuschen.

Sachlich unvollständige Vergleiche werden stets irreführend sein, da sie Teilfaktoren den Anschein der Endgültigkeit geben. Man wird bei deren Gefahr hiergegen nicht einwenden können, daß eben auch ein berechtigtes Interesse der Verbraucher an der Kenntnis der wahren Einzeldaten bestehe und daß der Benachteiligte ja seine Vorzüge gleichermaßen herausstellen könne. So käme man praktisch zu einem Zwang zur Werbung und zu einer erheblichen Benachteiligung der finanzschwächeren Unternehmer, die sich eine großangelegte Werbung nicht leisten können. Diese Interessen können von einer der Markttransparenz nur in so beschränktem Maße dienlichen Werbung nicht überstiegen werden. Zudem geht es dem Werbenden ja auch nicht um die Wahrnehmung des Verbraucherinteresses.

Danach wird vergleichende Werbung aber nur sehr schwierig durchzuführen sein. Sie wird geradezu zum Ausnahmefall werden. Die Sorgfalt, die so von ihren Benützern verlangt wird, scheint aber gerade der Gefahr zu entsprechen, die die vergleichende Reklame für die Konkurrenten und auch für die Allgemeinheit bedeutet. Die Irreführungsgefahr liegt aber speziell anders, wenn ein (voraus-

setzungsgemäß!) unanfechtbarer Warenvergleich verwandt wird.

Gerade hier dürfte ein Ansatzpunkt für eine Umorientierung der meines Erachtens zu strengen Rechtsprechung liegen. Die spezifischen Gefahren sind da am geringsten, wo sie auf einem Warenvergleich beruht, den ein Teil des Publikums ohnehin kennt und den das gesamte Publikum kennen darf. Das Verbot der vergleichenden Werbung beruht insbesondere auf der ständigen Rechtsprechung. Ist damit zwar ein plötzlicher Bruch mit der Tradition unwahrscheinlich, so ist derartige Richterrecht doch elastischer als Gesetzesrecht. Gerade mit dem GWB ist der Wettbewerb als leitendes und lenkendes Institut unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung mehr in den Mittelpunkt gerückt. Die Freiheit des Wettbewerbs soll ja hierdurch sichergestellt werden (60). Dieser Gesichtspunkt wird auch für die Auslegung des UWG Folgen haben müssen, soweit Handlungen, wie die wahre und sachliche vergleichende Werbung, dem Wettbewerbsprinzip dienlich sind.

Insoweit scheint die Anpassung noch nicht genügend erfolgt zu sein. Die Betonung der Wettbewerbsdienlichkeit als Beurteilungskriterium für die vergleichende Werbung wird auch in der Regierungserklärung Bundeskanzler Adenauers vom 9.10.1962 hinsichtlich der Aufforderung an den Bundesminister der Justiz deutlich, wegen der Bemühungen um erweiterte Marktkennntnis der Verbraucher "dem Kabinett über die Möglichkeit einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung zu berichten" (61).

Der Maßstab der guten Sitten bringt sicherlich eine gewisse Betonung moralischer Elemente mit sich. Eine Vergleichung aber überhaupt als unsittlich zu bezeichnen, weil auch in der Privatsphäre nicht verglichen werde, ist ein gefühlsbetontes Argument, das von falschen Voraussetzungen ausgeht. Einmal sind Taktlosigkeiten noch nicht unsittlich, zum anderen begegnen einem im Alltagsleben zahlreiche Vergleiche, die nicht als taktlos angesehen werden. Man denke nur an den Sport oder auch an die Politik. Gerade das Geschäftsleben ist aber kein so zarter Bereich, der besonders feine Umgangsformen erfordern würde. Schließlich darf auch nicht unbeachtet bleiben, daß der Verbraucher schon mit der Subjektivität der Reklame rechnet und so von sich aus genügend Wasser in den Wein schüttet (62).

60) so die Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zum GWB A I, abgedruckt im Gemeinschaftskommentar S. 1057

61) aus dem wörtlichen Abdruck der Regierungserklärung in der SZ vom 10.10.1962

62) so BGH GRUR 52, 416, 417; Baumbach-Hefermehl Rdnr. 22 zu § 3 UWG.

III. Beurteilung der einzelnen Werbehandlungen mit dem Warenvergleich

Die möglichen Handlungen der Werbung mit dem Warenvergleich sind oben (63) aufgezählt. Nun gilt es, für sie die rechtliche Zulässigkeit nach § 1 UWG zu beurteilen.

1. a) Für die vollständige Übernahme des Tests (64) schlagen die Argumente, mit denen die herrschende Meinung die Sittenwidrigkeit vergleichender Werbung begründet, nicht durch (65). Der Werbende macht dann gerade keine subjektive Aussage. Er tritt - zwar eigennützig, aber das allein kann ja nichts ausmachen, da doch die Werbefreiheit als Teil der Wettbewerbsfreiheit grundsätzlich garantiert ist - eher als Bote der Äußerung der Verbraucherverbände auf. Richter ist nicht er. Es wird ja gerade die Entscheidung der Verbraucherverbände wiedergegeben. Auch für Irreführungen ist kein Raum, da ja - voraussetzungsgemäß - nur die Übernahme eines zulässigen Warenvergleichs untersucht wird. Dieser aber führt nicht irre. Die Konfliktsituation, die beim Normalfall der vergleichenden Werbung auftritt, ist hier ausgeschlossen, denn der Werbende handelt nur als Partei, nicht auch als Überparteiischer. Die Objektivität des Tests, die Voraussetzung der Aufklärung des Publikums ist, ist also gewahrt. Demgegenüber ist nicht einzusehen, weshalb das nicht genauso echter und eigener Leistungswettbewerb sein sollte als im Falle nicht vergleichender Werbung. Immer handelt es sich doch um die Herausstellung der eigenen Leistung. Auch eine Verdrängung der Sachlichkeit durch Gefühlsmomente scheidet bei der vollständigen Übernahme aus. Die Rückständigkeit des Konkurrenten nützt aber jeder aus, der für eine gute Ware mit nachprüfbaren Angaben wirbt, denn dann kann ihm der Hersteller einer schlechteren Ware nicht folgen. Anders ist die Situation auch bei der vollständigen Übernahme von Warenvergleichen nicht. Schließlich kann man einem Unternehmer, wenn er sich erst mit seiner Leistung an die Öffentlichkeit wendet und mit den Konkurrenten in Wettbewerb tritt, auch kein Recht auf Anonymität zubilligen. Sonst müßte das auch schon den Warenvergleichen der Verbraucherverbände entgegenstehen. Das ist aber nicht der Fall. Die vollständige Übernahme eines Warenvergleichs muß folglich zulässig sein.

63) 1. Abschnitt IV

64) vgl. oben 1. Abschnitt IV 1 a - d

65) aA. Bussmann-Pietzeker-Kleine S. 54 f, die die Übernahme wissenschaftlicher Arbeiten, die einen Vergleich enthalten, als stets unzulässig bezeichnen; von Godin-Hoth Anm. 30 f zu § 1 UWG; auch Hefermehl (GRUR 62, 611, 618) und Helle (NJW 62, 1177, 1180) behandeln dies ohne Differenzierung als vergleichende Werbung.

b) Eine Einschränkung muß aber gemacht werden: Zulässig ist ja auch die Veranstaltung nach dem Teilnehmerkreis hin unvollständiger Warenvergleiche (66). Bei der ungekürzten Übernahme eines solchen Tests ist zu beachten, daß dem Werbenden nicht der Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, auf den sich die Verbraucherverbände berufen können. Andererseits entsteht durch einen solchen Warenvergleich ein unvollständiges Bild. Der Verbraucher wird daher nur teilweise informiert, teilweise wird er irreführt. Man wird diese Werbung deshalb nicht zulassen können, was die Folge hat, daß vergleichende Werbung mit einem nach dem Teilnehmerkreis hin unvollständigen Warenvergleich überhaupt nicht erlaubt ist.

2. Die unvollständige Übernahme (67):

a) Bezüglich der Unvollständigkeit in sachlicher Beziehung (68) ist eine Irreführung sehr wohl möglich. Durch die Auswahl der verglichenen Faktoren gibt der Werbende dem Vergleich auch eine subjektive Tendenz. Man geht nun nicht fehl, wenn man ihn als Richter in eigener Sache bezeichnet. Der Vergleich wird unwahr, weil er geeignet ist, bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums den Eindruck der tatsächlich nicht gegebenen Vollständigkeit zu erwecken.

Auch bei der Wiedergabe der Rangskala ergibt sich nichts anderes. Daß man nicht mit einem Hinweis auf die Testveröffentlichung argumentieren kann, ist oben (69) schon dargelegt. Ebenso, daß die Verbraucherverbände nicht nur die Qualifizierungen veröffentlichen dürften (70). Damit würde dem Entschluß des Verbrauchers Gewalt angetan. Ein allgemein gültiges Urteil über Waren gibt es ja nicht. Der Verbraucher muß daher noch die Möglichkeit haben, seine besonderen subjektiven Wünsche einzuplanen. Das scheidet bei einer Wiedergabe nur der Rangskala aus, bei der ein mögliches Urteil zum allgemeinen gemacht wird, denn er weiß nicht, welche Gesichtspunkte bei dessen Findung berücksichtigt wurden und wie sie gewertet wurden. Darin liegt die Irreführung und hieraus resultiert die Unzulässigkeit.

b) Bezüglich der Beschränkung im Teilnehmerkreis muß folgendes gelten: (71)

aa) Gibt der Werbende unter Hinweis auf die Herkunft aus dem Warenver-

66) vgl. oben 2. Teil 3. Abschnitt I 2 d cc E

67) vgl. 1. Abschnitt IV 2

68) vgl. oben 1. Abschnitt IV 2 a bb

69) vgl. 1. Abschnitt IV 2 a aa

70) vgl. oben 2. Teil 3. Abschnitt I 2 d cc B

71) vgl. hierzu oben 1. Abschnitt IV 2 b

gleich nur die Besprechung wieder, die er selbst erfahren hat, so wird eine - wenn auch nicht ausdrückliche - Bezugnahme auf Konkurrenten vorliegen, da der Kreis der anderen Vergleichsteilnehmer feststellbar ist. Es fehlt aber an einer ersichtlichen Besserstellung. Vergleichende Reklame liegt ja nur dann vor, wenn der Werbende seine Leistung im Vergleich als besser herausstellt. Der Fall ist der Werbung mit einem Gutachten oder mit einem Gütezeichen vergleichbar, was unbestrittenermaßen zulässig ist. Man muß deshalb die Weitergabe einzelner oder aller Daten sowie der Einzelbesprechung zulassen, da es sich dabei nicht um vergleichende Werbung handelt. Bei der Werbung mit der abschließenden Qualifizierung, die die eigene Ware erhalten hat, liegt aber wieder (es wird ja praktisch nur der Fall der Wiedergabe einer guten Note auftreten) eine Besserstellung vor. Die Nennung der eigenen guten Note weist auf die schlechteren der Konkurrenten hin. Es handelt sich deshalb um vergleichende Reklame. Diese wird schon deshalb unzulässig sein, weil sie der Verbraucher nicht nachprüfen kann. Es wird wiederum ein subjektives Urteil verallgemeinert. Die angeführte Reklame einer Trockenrasiererfirma wird demnach in der Wiedergabe der die einzelnen Eigenschaften des Geräts betreffenden Äußerungen für zulässig zu erachten sein. Nicht angehen wird aber der Hinweis auf die "höchste Test-Note" und in Verbindung damit die Herausstellung des Prädikats "Sehr empfehlenswert".

bb) Der gezielte Vergleich (72) ist nach den bisherigen Ausführungen sicher dann unzulässig, wenn er sachlich unvollständig ist. Ist er sachlich vollständig, so wird ihn die neue Auffassung zur vergleichenden Werbung zulassen, die herrschende Meinung aber ablehnen, so wie sie die Verwendung von Gutachten, die einen Vergleich enthalten, ablehnt (73). Meines Erachtens wird man hier der herrschenden Meinung folgen müssen. Durch die Auswahl des Gegners subjektiviert der Werbende den Warenvergleich. Er kann sich aber auf die Herkunft aus dem Warenvergleich nicht berufen, wenn er diesen einseitig auswertet.

cc) Bei der Wiedergabe nur der Besprechungen anderer (74) sind nur Herabsetzungen von Bedeutung. Dafür hat ein Unternehmer natürlich kein berechtigtes Interesse. Das würde sittenwidrig sein und nach § 1 UWG unzulässig, obwohl es so lange nicht unter den Begriff der vergleichenden Reklame fällt, als der Werbende nicht einem der in seiner Werbung genannten Konkurrenten helfen will.

72) vgl. oben 1. Abschnitt IV 2 b bb

73) Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 54 f; von Godin-Hoth Anm. 30 f zu § 1 UWG

74) vgl. oben 1. Abschnitt IV 2 b cc

IV. Die Anspruchsberechtigten

§ 13 UWG gibt den Abwehranspruch (75) außer dem unmittelbar Verletzten allen Mitbewerbern und Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen. Man wird aber, auch wenn eine nur mittelbare Verletzung ausreicht, verlangen müssen, daß beim Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt (76). Bei der vergleichenden Werbung wird nur derjenige betroffen, dessen Ware ausdrücklich oder doch wenigstens für das Publikum erkennbar zu der des Werbenden in Bezug gesetzt wird. Nur dieser kann die Abwehransprüche geltend machen. Die Rechte der anderen werden nicht tangiert. Allerdings kann das Publikum in Fällen der Herausstellung nur des eigenen Prädikats durch den Werbenden einen größeren Kreis der Mitbewerber für betroffen halten, etwa auch die zum Warenvergleich nicht hinzugezogenen, die ihm doch bekannt sind. Ein nicht unerheblicher Teil des Publikums lernt ja wohl die Werbung kennen, nicht aber den Warenvergleich. Dann haben auch die nicht hinzugezogenen Betroffenen das Klagerecht. Beim gezielten Vergleich ist aber nur derjenige Klageberechtigter, dessen Ware verglichen wurde (77).

V. Andere Anspruchsgrundlagen

Mit der Verneinung des Bestehens von Ansprüchen aus § 1 UWG ist der Rechtsschutz der Mitbewerber noch nicht endgültig erschöpft. Ansprüche können daneben auch aus §§ 3, 14 UWG und aus dem allgemeinen Deliktsrecht entfließen. Auch daraus können sich Grenzen für das Recht der Werbung mit dem Warenvergleich ergeben.

1. § 3 UWG setzt unrichtige Angaben voraus, § 14 UWG nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen. Da aber voraussetzungsgemäß nur die Ausnutzung eines unanfechtbaren Warenvergleichs untersucht wird, ist dies grundsätzlich nicht möglich. Für die Herausstellung der eigenen Ware ist aber unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG noch eine Prüfung angebracht.

a) Die Angabe des Werbenden, seine Ware habe das höchste Prädikat des Tests erhalten, ist eine Superlativreklame, die unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG zu würdigen ist (78). Ob eine Ware das höchste Prädikat verdient, also die

75) auch Beseitigungsanspruch; vgl. Baumbach-Hefermehl Rdnr. 5 zu § 13 UWG

76) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 4 zu § 13 UWG; von Godin-Hoth Anm. 2 e zu § 13 UWG; OLG München GRUR 56, 503, 505; im Ergebnis ebenso Reimer 107. Kap. Anm. 19 und Tetzner Rdnr. 3 zu § 13 UWG, die § 13 nicht auf reine Individualrechte anwenden.

77) vgl. unter anderem Gesichtspunkt unten V 1 b

78) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 27 zu § 3 UWG; von Godin-Hoth Anm. 13 b zu § 3 UWG

beste ist, ist nachprüfbar, zumal der Teilnehmerkreis ja beschränkt ist (79). Ein Fall in dem der Werbende erkennbar das gute Prädikat sich nicht zu eigen machen will, wenn er es schon in der Werbung anführt, wird nicht vorkommen. Er wiederholt dann nicht nur das Wort, sondern bestätigt die Aussage über die Qualität seiner Ware. Auch Fälle nicht ernst gemeinter, marktschreierischer Reklame werden hier nicht auftreten. Dafür haben die Warenvergleiche einen zu seriösen Ruf. Angabe braucht nun keine Tatsache zu sein. Über den Besitz von Auszeichnungen wird allerdings nicht getäuscht, da das Prädikat ja voraussetzungsgemäß so erteilt wurde. Es wird aber bezüglich der Beschaffenheit der Ware eine Alleinstellung in Anspruch genommen. Diese ist nach § 3 UWG unzulässig, wenn sie unrichtig ist. Unrichtig ist sie, wenn nicht ein zweifelloser und beträchtlicher Qualitätsvorsprung gegeben ist (80). Das steht durch den Warenvergleich noch nicht eindeutig fest, weil dessen Gesamturteil wieder auf subjektiven Beurteilungen gerade der Gebrauchstauglichkeit beruht. Den schwierigen Beweis für die Richtigkeit der Alleinstellung hätte dann der Werbende zu führen (81). Praktisch kommt dem geringere Bedeutung zu, weil bei der Deutlichkeit der Bezugnahme schon § 1 UWG den klägerischen Anspruch stützt und § 1 in diesen Fällen nicht durch § 3 ausgeschlossen wird (82). Nur wenn eine Werbung wegen der Vollständigkeit der Wiedergabe nicht mit § 1 UWG angreifbar ist, bleibt die Alleinstellung nur nach § 3 nachprüfbar.

b) Der gezielte Vergleich ist an sich die Aufdeckung des schlechteren Abschneidens eines anderen. Daneben wird ein nicht unerheblicher Teil des Publikums aber den gezielten Vergleich so verstehen, als ob der Werbende im Warenvergleich einer der Besten gewesen wäre, auch wenn der, mit dem er jetzt vergleicht, der einzige war, der schlechter abschnitt. Dafür kommt § 3 UWG infrage. Hat die Ware nicht so gut abgeschnitten, wie es jetzt vorgetauscht wird, so ist das eine unrichtige Angabe über die Beschaffenheit der Ware und über den Besitz von Auszeichnungen. Daß dieses Verhalten geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Es ist deshalb auch nach § 3 UWG unzulässig, was die praktisch wichtige Konsequenz hat, daß dann doch nicht nur der mit dem Vergleich direkt angegriffene das Klagerecht hat, sondern auch die übrigen Konkurrenten klagen können, denn soweit über die Günstigkeit des Angebots getäuscht wird, ist jeder Mitbewerber betroffen. Der ungerechtfertigte Vorsprung, den der Werbende sich verschaffen will, geht ja auf Kosten aller.

79) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 29 zu § 3 UWG

80) OLG Stuttgart GRUR 55, 50, 52

81) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 27 zu § 3 UWG

82) Baumbach-Hefermehl Rdnr. 30 zu § 3 UWG; von Godin-Hoth Anm. 30 e zu § 3 UWG

2. Von den Anspruchsgrundlagen des allgemeinen bürgerlichen Rechts scheidet § 823 II BGB aus den gleichen Gründen wie oben (83) aus. Für § 824 BGB fehlt es voraussetzungsgemäß wieder an der Unwahrheit der Behauptungen.

3. Im Hinblick auf die Erfüllung des Tatbestands des § 823 I BGB muß hier das- selbe gelten wie für die Warenvergleiche durch die Verbraucherverbände (84), denn die Handlung selbst ist in dieser Betrachtungsweise keine andere, wenn sie von dem Mitbewerber vorgenommen wird.

Teilweise werden nun Beeinträchtigungen durch lautere Wettbewerbshandlungen nach der Grundordnung des freien Wettbewerbs als sozial adäquat bezeichnet (85). Die Frage der Rechtswidrigkeit soll aber hier trotzdem erörtert werden, um nicht das Urteil vor die Prüfung zu stellen. Widerrechtlich kann ja auch eine nicht sit- tenwidrige Wettbewerbshandlung sein (86), da der Begriff der Sittenwidrigkeit enger ist als der der Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit muß im übrigen bei der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb sorgfältiger als sonst untersucht werden (87).

Einen Rechtfertigungsgrund könnte hier wiederum die Wahrnehmung berechtigter Interessen abgeben. Dabei sind wohl die Bedenken, die bei Baumbach-Hefermehl (88) in der Richtung erhoben werden, daß es bei Anerkennung des Rechts am ein- gerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an einem Bewertungsmaßstab fehle, so daß kein Anhaltspunkt für eine Grenzziehung gegeben sei, unbegründet. Der einzelne Unternehmer hat ein Interesse, seine Ware möglichst günstig abzusetzen. Deshalb wirbt er beim Publikum für sie. Sein Recht auf Werbung ist ihm als Teil der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit in Art. 2 I GG gewährleistet (89). Jede Werbung bezweckt den eigenen Nutzen und erreicht ihn auch zu einem gewissen Grad. Dem muß im Rahmen der Marktwirtschaft ein Nachteil der Konkurrenten entsprechen. Auch die Konkurrenten haben jedoch ein berechtigtes Interesse, daß ihre Rechtsgüter unbeeinträchtigt bleiben. Den daraus entstehenden Interessen- widerstreit kann man nur nach dem Grundsatz der Güterabwägung lösen. Für diese Abwägung bietet nun aber § 1 UWG in der Ausgestaltung, die er durch die Rechtsprechung erfahren hat, eine spezielle Regelung. Darin kommt zum Ausdruck, daß Werbung so lange erlaubt und also von den Konkurrenten zu dulden ist, als sie nicht gegen die guten Sitten verstößt. Diese Abgrenzung ist auch für

83) vgl. 2. Teil 3. Abschnitt II

84) vgl. 2. Teil 3. Abschnitt III 3

85) so Baumbach-Hefermehl Allg. Rdnr. 87

86) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdnr. 94

87) Enneccerus-Lehmann § 234 I 1 b

88) Einl. UWG Rdnr. 94

89) vgl. Maunz-Dürig Art. 2 I GG Rdnr. 43 ff

§ 823 I BGB beachtlich (90), denn mehr - insbesondere also; den Konkurrenten nicht zu schädigen - wird von dem Wettbewerber nicht verlangt. Der Unternehmer wirbt daher rechtmäßig, solange er im Rahmen der guten Sitten handelt (91). Das bedeutet, daß für den vorliegenden Fall aus § 823 I BGB keine weitergehenden Ansprüche herzuleiten sind als aus § 1 UWG. Somit darf § 823 I als das allgemeinere Gesetz außer acht bleiben.

4. § 826 BGB verlangt Sittenwidrigkeit. Da es bei § 1 UWG bezüglich der Sittenwidrigkeit auch nicht nur auf das Anstandsgefühl des Durchschnittsgewerbetreibenden ankommt (92) kann sich daraus kein Unterschied zwischen § 1 UWG und § 826 BGB ergeben. Ansprüche aus § 826 können also auch nicht weiter gehen als solche aus § 1 UWG. Dann ist aber wieder § 1 UWG als die dem Sachverhalt verwandtere gesetzliche Regelung vorzuziehen.

VI. Die Änderung wesentlicher Umstände

Ändert einer der hinzugezogenen Unternehmer seine Ware wesentlich, das heißt: in einer Art und einem Maße, daß der Durchschnittsverbraucher das bei der Auswahl berücksichtigen wird, so dürften die Verbraucherverbände den alten Test nicht mehr veröffentlichen, da er nun unwahr wäre, es sei denn die Unwahrheit wäre ihnen trotz ausreichender Sorgfalt unbekannt. Auch das könnte sie aber nicht vor negatorischen Ansprüchen bewahren. Daß ohne eine neue Handlung der Verbraucherverbände aufgrund der ersten, richtigen Veröffentlichung kein Beseitigungsanspruch entsteht, ist oben dargelegt (93). Hierauf kann sich aber der Werbende nicht stützen. Seine Reklamehandlung ist nach dem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem sie erfolgt, denn sie beinhaltet ja konkludent die Aussage, der Warenvergleich würde auch jetzt noch so richtig sein wie zur Zeit seiner Erstellung.

Hat deshalb ein Unternehmer seine Ware verbessert, so ist die Aussage des Werbenden über diese Ware unwahr. Da diese Behauptung auch geeignet ist, den Betrieb des Geschäfts zu schädigen, hat der Betroffene gegen den Werbenden die Ansprüche nach § 14 UWG. Daneben griffe, was wegen des Bestrebens, die Generalklausel zu entlasten, nur am Rande bemerkt werden soll, auch § 1 UWG ein, denn unwahre vergleichende Werbung ist gewiß sittenwidrig. Nur § 1 UWG

90) ebenso Baumbach-Hefermehl Allg. Rdnr. 87; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher ... S. 156

91) ebenso von Godin-Hoth Anm. 2 zu § 1 UWG; Fikentscher S. 277

92) vgl. oben II 4

93) vgl. oben 2. Teil 5. Abschnitt III 1

käme dagegen dann zum Zuge, wenn inzwischen ein neuer Konkurrent aufgetreten wäre, den die Verbraucherverbände bei einer Wiederholung des Tests hinzuziehen müßten, denn dann würde der Vergleich des Unternehmers wieder unvollständig.

Auf den Warenvergleich kann sich ein Unternehmer daher nur so lange berufen, als der Vergleich auch von den Verbraucherverbänden noch in gleicher Form veröffentlicht werden dürfte.

VII. Ergebnis

Die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs, die die Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung rechtfertigt, besteht dann nicht, wenn ein unanfechtbarer Warenvergleich der Verbraucherverbände in sachlicher Form vollständig oder in einem das Gesamtergebnis repräsentierenden Teil zu Werbungszwecken weitergeleitet wird, es sei denn, daß bei den verglichenen Waren inzwischen eine wesentliche Neuerung eingetreten wäre, die auch einer gleichlautenden Wiederholung des Vergleichs durch die Verbraucherverbände entgegenstünde. Wo der Werbende dagegen einzelne Prüfungen des Vergleichs herausgreift und hier die günstigen Ergebnisse bezüglich seiner Ware denen der anderen Waren gegenüberstellt, wo er gezielt einen Gegner herausgreift oder wo er nur die subjektiven Empfehlungen des Tests in der Werbung nennt, handelt er unzulässig.

L E B E N S L A U F

Ich wurde am 24. Dezember 1936 in Heroldsberg, Kreis Erlangen, als Sohn des damaligen Bankbeamten Karl Graßmann und seiner Ehefrau Maria, geb. Feilnreiter, geboren. Zwischen 1943 und 1947 besuchte ich die Volksschulen in Altenerding, München-Obermenzing, Bad Reichenhall und die Alfonsschule in München.

Am 1. 9. 1947 trat ich in die Rupprecht-Oberrealschule in München ein, an der ich im Sommer 1956 mit dem Abitur abschloß.

Danach belegte ich seit dem Wintersemester 1956/57 an der Universität München acht Semester lang Rechtswissenschaft und bestand am 13.1.1961 die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1.2.1961 bin ich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst tätig.

Am 27.2.1962 habe ich Maria de los Desamparados Gaspar Torrent geheiratet.

